

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIDADE EM DIREITO LABORAL



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO SALÁRIO

ADROALDO NETO MÜLLER LOPES

LISBOA

2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE LISBOA

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO SALÁRIO

Dissertação de Mestrado elaborada pelo mestrando Adroaldo Neto Müller Lopes, e submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito para a obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídicas, especialidade em Direito Laboral, sob a orientação do Professor Doutor Guilherme Machado Dray.

LISBOA

2018

AGRADECIMENTOS

Ainda que não seja possível expressar nesta singela mensagem todo o meu agradecimento por aqueles que contribuíram de forma direta ou indireta nestes três últimos anos, sem estes o presente estudo e todo o processo de aprendizagem e expansão dos horizontes que a ele acompanhou jamais teria sido possível. Seu apoio, suporte e incentivo forma determinantes e nos possibilitaram chegar até este derradeiro momento, à todos estes, o nosso profundo agradecimento, e em especial:

À minha família que é o meu maior exemplo e razão pelo qual tudo faz sentido, um agradecimento especial pois sem eles nada disto teria sido possível, pelo carinho mesmo distante e pela confiança em mim depositada. Aos amigos e colegas que mesmo distante nos acompanharam em pensamento e sempre se mostraram disponíveis nos momentos de angustia.

Àqueles que de uma forma ou de outra acabaram por formar uma família luso-brasileira nestes três últimos anos e cujas origens eram as mais diversas, mas movidos pelas mesmas ambições e valores.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na pessoa do estimado Prof. Dr. Guilherme Machado Dray, pela acolhida, suporte e auxílio no desenvolvimento deste estudo.

À Faculdade do Ministério Público pelo incentivo, por ter viabilizado a realização do mestrado e pela formação acadêmica realizada.

À Faculdade de Direito da Universidade Pablo de Olavide, na pessoa do Prof. Dr. Manuel Garcia, pelo amparo provido e acolhimento durante a investigação.

RESUMO

O estudo concretiza o reconhecimento do princípio da proteção do salário enquanto princípio corolário do princípio da proteção do trabalhador com a finalidade de racionalizar e trazer unidade aos diferentes princípios salariais. Esta concepção decorre da noção de que o sistema jurídico atribui autonomia dogmática ao direito do trabalho, isto é, que ele é inserido enquanto ramo específico do direito privado regido por princípios próprios, e de que o salário representa para o contrato de trabalho e para o próprio direito do trabalho algo mais do que a simples obrigação patrimonial do empregador, uma vez que sua regulação e seu âmbito de atuação não são explicados pelos fundamentos do direito comum. O princípio da proteção do salário tem como fundamento o reconhecimento e a tutela constitucional do direito fundamental ao salário no Estado Social de Direito, enquanto fenômeno social contemporâneo que integra o rendimento da grande maioria dos indivíduos. O estudo do salário suscita necessariamente o aprofundamento da concepção de direitos fundamentais, valores e princípios. A construção do âmbito de atuação do princípio da proteção do salário terá como fundamento a noção de que o salário representa as primeiras reivindicações laborais e por meio de sua tutela o direito do trabalho é que surge a própria noção de direito do trabalho, a partir da constatação de que a livre disposição de salários por meio da lei da oferta e da procura levou os trabalhadores à condições terrivelmente degradantes e deu origem à *questão social*. A concretização do princípio da proteção do salário ocorre a partir do reconhecimento da tutela ao salário no direito internacional do trabalho pelas Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho e de outros instrumentos jurídicos amplamente reconhecidos pelos Estados como a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais. A concretização da tutela salarial nos regimes jurídicos de Brasil, Espanha e Portugal tem fundamento no desenvolvimento de um real alcance ao princípio da proteção do salário, com a finalidade de sintonizar os tradicionais (sub)princípios salariais aos ditames cada vez mais céleres do mundo empresarial, e que um regime jurídico inflexível estabelecido por regras não é capaz de acompanhar.

Palavras-chave: Princípio da proteção do salário. Princípio da proteção do trabalhador. Princípio da suficiência salarial. Princípio da Igualdade salarial. Garantias salariais.

ABSTRACT

The study embodies the recognition of wage protection's principle as a corollary principle of the worker protection's principle with the purpose of rationalizing and bringing unity to the different wage principles. This conception stems from the notion that the legal system assigns dogmatic autonomy to labor law, what means that it is inserted as a specific branch of private law ruled by its own principles, and that the wage represents for the contract of employment and for the itself rather than simply the employer's patrimonial liability, since its regulation and scope are not explained by the fundamentals of regular law. The principle of protection of wages is founded on the recognition of constitutional protection of the fundamental right to salary in the Social State of Right, as a contemporary social phenomenon that integrates the income of the vast majority of individuals. The study of wages necessarily raises the deepening of the conception of fundamental rights, values and principles. The construction of the scope of the wage protection's principle will be based on the notion that wages represent the first labor claims and through their protection the labor law is that the very notion of labor law arises, from the verifying that the free disposition of wages through law of supply and demand led the workers to terribly degrading conditions and gave rise to the social question. The realization of the wage protection's principle comes from the recognition of the protection of wages in international labor law by the Conventions and Recommendations of the International Labor Organization and other legal instruments widely recognized by the States such as the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, and Social and Cultural Rights. The realization of the guardianship salary in the legal systems of Brazil, Spain and Portugal is based on the development of a real scope to the wage protection's principle in order to tune the traditional (sub) wage principles to the dictates each time and that an inflexible legal regime established by rules isn't able to follow up.

Key words: Principle of wage protection. Principle of worker protection. Principle of Adequate Wages. Principle of Equal Pay. Salary guarantees.

LISTA DE ABREVIACÕES

Ac. – Acórdão

CJ – Coletânea de Jurisprudência

CC – Código Civil

CE – Constituição de Espanha

CLT – Consolidação de Leis do Trabalho

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CT – Código do Trabalho

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

Ed. - Edição

ET – Estatuto de los Trabajadores

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

FUGASA – Fundo de Garantia Salarial

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

OIT - Organização Internacional do Trabalho

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, sociais e Culturais

SMI – Salário Mínimo Interprofissional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TFEU - Tratado de Funcionamento da União Europeia

TR – Tribunal de Relação

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

Vol. – Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS PARA A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	15
1. O surgimento das constituições modernas e os direitos fundamentais.....	15
2. A ciência do direito e o sistema jurídico orientado por valores	20
2.1 A dignidade humana.....	26
2.2 A liberdade	28
2.3 A igualdade.....	29
3 A teoria dos princípios jurídicos	32
4. Enquadramento teórico	34
CAPÍTULO II – O DIREITO DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS SALARIAIS	37
1. Perspectiva histórica e a denominada crise no direito do trabalho contemporâneo	37
2. A crise do direito do trabalho e a autonomia dogmática do ramo jurídico	42
3. Os princípios do direito do trabalho	48
4. Enquadramento dos princípios laborais com natureza salarial.....	50
4.1. O princípio da suficiência salarial	52
4.2. O princípio da igualdade salarial	53
4.3. Garantias salariais e os princípio da irredutibilidade e intangibilidade de salários. 53	
5. A proteção do salário no direito internacional	55
5.1. Declaração Internacional de Direitos Humanos e o Pacto internacional de direitos Econômicos Sociais e Culturais	57
2.5.2 As Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho	59
5.2.1 Suficiência salarial e a fixação de salários mínimos	60
5.2.2 Igualdade salarial	61

5.2.3 A proteção jurídico ao salário.....	62
5.3 Referencias comunitárias sobre a proteção do salário.....	62

CAPÍTULO III – AS CONCRETIZAÇÕES DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SALARIAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS DE BRASIL, ESPANHA E PORTUGAL 64

1. A proteção do salário no sistema jurídico brasileiro..... 65

1.1. A tutela do salário na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988..... 65

1.2. Noção e enquadramento do salário na Consolidação de Leis do Trabalho de 1943 68

1.2.1. Noção de remuneração, salário e prestações não salariais 69

1.2.2. Composição salarial..... 72

1.3. Princípio da suficiência salarial, salário mínimo e piso salarial..... 76

1.4. O princípio da irredutibilidade salarial..... 78

1.5. Igualdade e proibição de discriminação salarial..... 79

1.6. O regime de garantias salariais 81

1.6.1. Critérios de tempo, local e forma do pagamento salarial 82

1.6.2. Proteções jurídicas contra credores do empregador 85

1.6.3. Proteções jurídicas contra credores do empregado..... 88

2. A proteção do salário no sistema jurídico de Espanha 89

2.1. O contrato de trabalho na Constituição de Espanha de 1978 90

2.2. Conceito, finalidade e estrutura salarial no Estatuto de Los Trabajadores de 2015 92

2.3. O princípio da suficiência salarial e o Salário Mínimo Interprofissional..... 103

2.3.1. O Salário Mínimo Interprofissional..... 104

2.3.2. O princípio da suficiência salarial e a estipulação do salário pela negociação coletiva ou pelo contrato de trabalho..... 105

2.4. O princípio da igualdade salarial 109

2.5. A proteção do crédito salarial 111

2.5.1. Regras de local, tempo e forma de pagamento..... 111

2.5.2. Proteção do salário aos credores do trabalhador 114

2.5.3. A preferência do crédito salarial..... 115

2.5.6. O Fundo de Garantia Salarial 117

3. A proteção salarial no sistema jurídico português 119

3.1. A proteção laboral expressa na Constituição Portuguesa de 1976	119
3.2. O sistema salarial expresso no Código do Trabalho de 2009.....	124
3.2.1. A noção legal e as formas de retribuição.....	126
3.2.2. Determinação da retribuição.....	131
3.3. O princípio de suficiência salarial e a retribuição mínima garantida	133
3.4. Princípio da igualdade salarial.....	135
3.5. O Cumprimento da obrigação.....	137
3.5.1. O tempo do cumprimento	138
3.5.2. Forma de adimplemento	138
3.5.3. Lugar do pagamento	139
3.6. O regime de garantias e a tutela dos créditos retributivos	140
3.6.1. O princípio da irredutibilidade salarial	140
3.6.2. Renúncia, cessão e compensação e descontos dos créditos laborais	142
3.6.3. Impenhorabilidade	144
3.6.4 Prescrição	146
3.6.5 A tutela e os privilégios dos créditos laborais	147
3.6.6. Fundo de garantia salarial.....	151
3.6.7. Outras garantias salariais	151
CAPÍTULO IV – O SENTIDO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SALARIAL	153
1. Fundamentos, consolidação e âmbito de atuação do princípio da proteção salarial	153
2 O princípio da proteção salarial na aplicação do direito	158
2.1 O princípio da proteção salarial a nível interpretativo	159
2.2 O princípio da proteção salarial na integração de lacunas.....	161
3. O princípio da proteção salarial e o subprincípio da suficiência salarial	162
4. O princípio da proteção salarial e o subprincípio da igualdade salarial.....	165
5. O princípio da proteção salarial e o sistema de garantias salariais	167
CONCLUSÕES.....	171
JULGADOS CONSULTADOS	179
BIBLIOGRAFIA	184

INTRODUÇÃO

A obrigação do empregador no contrato de trabalho subordinado é essencialmente constituída pelo *dever salarial*, afirmando-se que a matéria salarial constitui o ponto axial no direito do trabalho, sendo que o instituto do salário é objeto do direito em diferentes níveis e âmbitos de atuação.¹ O salário constitui elemento fundamental da relação de trabalho subordinado desde a origem do direito do trabalho tanto à nível individual como coletivo e mesmo hoje continua sendo um tema de primeira importância em que mais claramente se manifesta a diferença de velocidade entre a evolução da realidade laboral e a capacidade de resposta do legislador.²

A noção de salário ultrapassa a ideia de simples sinalagma jurídico do contrato de trabalho sendo que o mesmo é analisado a partir de uma pluralidade de ângulos mesmo para além o direito. Do ponto de vista *econômico*³, o salário é tido como a “mercadoria” que o trabalhador vende ao empregador e que integra parte do custo de produção. Pelo prisma social o salário corresponde a renda que mantém o meio de subsistência de grande parte dos cidadãos. O aspecto *público* do salário corresponde à percepção de que as sociedades modernas têm sua economia estruturada nas relações de consumo, tornando-se impossível uma desvinculação dos efeitos da tutela do salário com a política econômica do Estado ou ainda, pelo fato de que o Estado Social relaciona boa parte de seus deveres aos compromissos derivados do salário.⁴

Ainda que inviável estabelecer um sentido desvinculado dos aspectos econômicos, sociais, filosóficos ou políticos, o estudo será desenvolvido tendo como fundamento o aspecto essencialmente jurídico do salário, enquanto obrigação patrimonial do empregador na relação de trabalho. A pertinência do instituto do salário no direito

¹ MEDEIROS, Rui. *O direito fundamental à retribuição, em especial, o princípio a trabalho igual salário igual*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2016. Página 6

² CARVALHO, António Nunes de. *Notas sobre o regime da retribuição no Código do Trabalho, conceito de retribuição e complementos retributivos*. In: *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Coimbra: Almedina. 2010. Página 43

³ Sobre o fator econômico do salário imperioso ponderar a noção exposta por: ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, 3ª edição 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina. 2014. Página 207. E as obras clássicas de Adam Smith, *A riqueza das nações*, e sobre outra perspectiva Carl Marx. *O capital*, ao referir sobre a insuficiência da lei da oferta e da demanda na estipulação de valores salariais para atribuição da força de trabalho dos indivíduos enquanto política econômica de controle de preços.

⁴ REYES, Antonio Costa. *El crédito salarial*. Ed. Consejo Económico y Social de Andalucía. Sevilla: 2005. Página 30

laboral é de tamanha importância que no decorrer da história se mostra difícil desassocia-los, podendo-se afirmar que a disciplina é constituída em torno de questões envolvendo o salário, sendo este um elemento pressuposto para a existência da relação laboral.⁵

O reconhecimento de direitos fundamentais sociais nos textos constitucionais modernos, especialmente de direitos dos trabalhadores, enquanto fundamento material de validade da própria noção de Estado é fruto da incapacidade do direito comum reger a relação de trabalho e suscita o desenvolvimento de uma nova concepção de sistema jurídico, capaz de atender a novas demandas até então inexistentes. A incapacidade do modelo liberal em reger os fatores sociais é constatado pela célebre frase de *Lacordeire* ao afirmar que “*entre o rico e o pobre e o forte e o fraco é a lei é que liberta e a liberdade que oprime*”.⁶

A partir destas considerações se desenvolve o instituto jurídico do salário no presente estudo, com a finalidade reconhecer o *princípio da proteção do salário* enquanto princípio específico do direito do trabalho decorrente do princípio da proteção do trabalhador, capaz de orientar as diferentes acepções que decorrem da obrigação patrimonial do empregador.⁷

O estudo é desenvolvido através de e uma perspectiva plural, tendo como referência o reconhecimento do direito do trabalho e do salário enquanto direito fundamental. Neste sentido surge a necessidade de se promover uma adequação na ciência do direito com a finalidade de efetivar no direito público e privado os valores jurídicos consagrados no sistema jurídico,⁸ concepção interiorizada pela teoria dos princípios⁹, que servirá como matriz teórica para o desenvolvimento do princípio da proteção do salário. Nota-se que a concepção axiológica é especialmente pertinente no direito do trabalho, pois é a partir dela que se afirma a noção de eficácia horizontal de direitos fundamentais, tendo como fundamento que a relação de subordinação jurídica e econômica entre o empregador e o trabalhador suscita uma proteção tão grande quanto a das liberdades ao

⁵ AMADO, João Leal. *A proteção do salário*. Página 5

⁶ Cit. Por. XAVIER, Bernardo Lobo. *Direito do trabalho – ensinar e investigar*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2005

⁷ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina. 2015. Páginas 649 – 670. Sobre a aplicação do princípio da proteção do trabalhador no âmbito do salário.

⁸ Neste sentido o Estudo tem como fundamento à noção de sistema de valores fundamentalmente exposta por Karl Larenz em *Metodologia da ciência do direito* e por Claus-Wilhelm Canaris em *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*.

⁹ O desenvolvimento da teoria dos princípios será exposta essencialmente a partir das concepções de DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* e ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*.

poder do estado, uma vez que tanto o Estado como a hierarquia jurídica e social podem ceifar direitos e liberdades fundamentais.¹⁰

No que diz respeito ao método utilizado para desenvolvimento do estudo, opta-se por partir de pontos tendencialmente gerais para chegar ao âmbito específico de tutela do princípio da proteção do salário. Desenvolve-se a perspectiva histórica a partir da Revolução Industrial, que modificou a concepção de trabalho subordinado e que levou ao surgimento do direito do trabalho enquanto disciplina emancipada do direito civil. Os fatores que foram preponderantes para a existência de um ramo jurídico essencialmente protetivo a partir das tendências expansionistas do direito do trabalho que perdurou até o final do último quarto do século xx, onde surgem novas tendências flexibilizadoras.

A referência sobre o processo de crise dogmática em que o direito do trabalho é posto busca essencialmente (re)civilizar a disciplina, estudo essencial para a tomada de posição sobre o tema, o que refletirá substancialmente na concretização do princípio da proteção do salário. Os fundamentos para o reconhecimento da autonomia dogmática do direito do trabalho¹¹, que suscita o desenvolvimento de princípios jurídicos laborais autônomos. Nota-se que o direito do trabalho tradicionalmente desenvolve alguns princípios salariais, que tem como elemento comum e unificador a noção de atuarem no sentido de limitar à livre disposição da obrigação salarial e impedir arbítrios do empregador que violem o direito fundamental ao salário.

O processo de internacionalização do direito do trabalho é concretizado após o fim da Primeira Guerra Mundial pelo surgimento da Organização Internacional do Trabalho que atua com a finalidade de manutenção de relações de trabalho mais justas, incorporando entre seus objetivos a noção de tutela do salário.¹² Neste sentido serão analisadas as Convenções n.º A internacionalização do direito do trabalho e da proteção do salário é reforçada após seu reconhecimento pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. A tutela

¹⁰ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. Página 40

¹¹ Sobre o contexto da crise do direito do trabalho e a autonomia dogmática do direito do trabalho vide: RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina. 2000. Páginas 815 – 820

¹² VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Madri: Tecnos. 1977. Página 35

do salário também é reconhecida no contexto europeu pela Carta Social Europeia e pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia.¹³

Em um segundo momento serão estudadas as normas de tutela salarial nos sistemas jurídicos de Brasil, Espanha e Portugal com a finalidade de estabelecer pontos de encontros entre a tutela exposta no direito internacional e a concretização realizada pelos diferentes Estados e a partir destes elementos efetivamente desenvolver o *princípio da proteção do salário*.

A análise dos referidos sistemas jurídicos é desenvolvida de forma autônoma, pois entendeu-se que desta forma seria possível o desenvolvimento de particularidades do instituto do salário que não são desenvolvidas em outros regimes, e segue uma lógica, dentro do possível, de estruturação onde primeiro são expostos os fundamentos constitucionais relacionados aos trabalhadores, a proteção do salário enquanto direito fundamental e a conceituação, composição e o enquadramento do salário no plano infraconstitucional. Busca-se a verificação da concretização dos princípios retributivos, sendo estes o princípio da suficiência salarial, o princípio da igualdade salarial e outros princípios e garantias salariais com finalidade de proteção e satisfação do salário.

Busca-se verificar as particularidades da tutela atribuída ao salário em comparação a outras obrigações de natureza diversa, entendendo tradicionalmente o direito reconhece elementos que transcendem o sinalagmatica jurídico do contrato de trabalho que não são percebidos por outras obrigações, o que também contribui no desenvolvimento da noção de autonomia dogmática.

Se por um lado o estudo dos diversos aspectos da tão ampla obrigação salarial nos diferentes regimes jurídicos suscita por vezes a impossibilidade de exaurimento da matéria, permite por outro lado a construção de um panorama geral sobre o instituto e suas principais concretizações, desenvolvidas essencialmente por meio dos referidos princípios salariais.

Em um terceiro momento será verificada a efetiva pertinência do desenvolvimento do princípio da proteção do salário, o seu possível reconhecimento a partir de fundamentos concretos pelo direito e a atribuição de limites e âmbito de atuação do princípio. A concepção do princípio da proteção do salário ganha corpo ao perceber

¹³ MOREIRA. Vital. *Trabalho digno para todos, a “clausula laboral” no comércio externo da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora. 2014 Páginas 78 – 79

que diferente de outras obrigações o salário, como será aprofundado ao longo do estudo, carrega consigo por diferentes fatores uma noção teleológica, que deve se adaptar ao conceito fático.¹⁴

¹⁴ MEDEIROS, Rui. *O direito fundamental à retribuição, em especial, o princípio a trabalho igual salário igual*. Página 36

CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS PARA A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Será exposto neste capítulo o enquadramento teórico em relação à forma com que os princípios são reconhecidos no sistema jurídico, compreensão essencial para desenvolver com precisão a concepção dos princípios específicos do direito do trabalho, em especial, aqueles que se relacionam com o *princípio da proteção do salário*.

Ainda que analisadas questões gerais do direito, sempre que possível buscar-se-á relaciona-las com o direito do trabalho e para tanto será abordado o desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais de matriz liberal e social nas primeiras constituições, a construção realizada pela ciência do direito da ideia de *sistema de valores*, inspirada pelos valores fundamentais, bem como pela *teoria dos princípios jurídicos* que materializa a racionalização dos princípios na aplicação do direito.

A partir desta concepção é que será desenvolvido o estudo sobre o *princípio da proteção do salário* tendo como fundamento as orientações consolidadas no último tópico deste capítulo.

1. O surgimento das constituições modernas e os direitos fundamentais

A atual concepção sobre os princípios jurídicos decorre irredutivelmente da compreensão sobre o surgimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais, ainda que devido a amplitude e complexidade da matéria e tendo em consideração a limitação temática que o presente trabalho pretende desenvolver, serão suscitados somente os aspectos elementares e que sem a sua compreensão seria impossível a adequada construção da noção de princípios jurídicos do direito do trabalho, uma vez que o desenvolvimento dos direitos fundamentais corresponde a elemento essencial do estado constitucional moderno.

A relação entre direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais não é linear e nem mesmo um consenso, pelo qual se opta por reconhecer a influência determinante da concepção jusnaturalistas histórica e na afirmação de que os direitos naturais foram aqueles atribuídos ao ser humano em razão de sua própria existência,

enquanto os direitos civis e políticos foram aqueles que surgiram em função do homem estar inserido e fazer parte de uma determinada sociedade. Já os Direitos Humanos correspondem ao enlace destas duas concepções e seu reconhecimento é consolidado pela Declaração Universal de Direitos Humanos. Os direitos fundamentais¹⁵ são aqueles consagrados de forma explícita ou implícita nas constituições estatais enquanto elementos que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico.¹⁶

Ainda que não se possa determinar um marco histórico, o reconhecimento de direitos fundamentais decorre de um processo progressivo e dialético entre o desenvolvimento ideológico e filosófico das concepções jus-naturalistas de liberdade e igualdade ocorridas fundamentalmente nos séculos XVII e XVIII, que geram um gradativo processo de positivação e que posteriormente deu origem ao processo de declaração e constitucionalização na forma de direitos ou garantias.¹⁷ Os inúmeros antecedentes ideológicos¹⁸ que propiciaram o surgimento de direitos fundamentais decorrem essencialmente do apogeu do pensamento iluminista e do jusracionalismo que atribuíram direitos naturais aos indivíduos enquanto “esferas” de defesa que não poderiam ser violados pelo soberano.¹⁹

As declarações de direitos dos ingleses denominadas de *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights* do século XVII, este último foi derivado diretamente da *Revolução Gloriosa*, bem como o *Establishment Act* que definiu as leis da Inglaterra

¹⁵ A expressão “direitos fundamentais” surgem em França em 1770 no movimentos político e cultural que conduziu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A expressão ganhou importante relevo na doutrina Alemã pela expressão “*grundrechte*” na regulação da relação entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento da ordem jurídico-político da Constituição de Bonn. Neste sentido STERN afirma que a concepção liberal de direitos fundamentais é essencialmente *jusnaturalista* pois não busca criar direitos, mas reconhecer aqueles que seriam anteriores ao próprio surgimento do próprio Estado.

¹⁶ LUÑO. Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion, septima edición*. Ed. Tecnos: Madri. 2001. Página 31

¹⁷ LUÑO. Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos*. Página 109. O autor aponta que mesmo que a antiguidade não tenha desenvolvido os direitos fundamentais, as concepções jusfilosóficas legadas foram preponderantes no desenvolvimento dos Estados Modernos, principalmente a constatação de que a existência do ser humano é dotado de valores e direitos por sua simples existência. Neste sentido o autor refere que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade, o Antigo Testamento dispunha que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus, do qual se extrai os valores presentes do homem, é da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo que surgem as teses da dignidade do homem e da igualdade de todos os homens em dignidade.

¹⁸ LUÑO. Antonio Enrique Pérez. *Derechos fundamentales*. Página 31. O autor refere que, entre os pensadores que influenciaram o surgimentos dos estados modernos na Europa ocidental, sem a pretensão de desenvolver uma lista exaustiva, destacam-se os alemães Hugo Donellus, Johannes Althusius, Imanuel Kant e Samuel Pufendorf, o holandês Hugo Grocio, os ingleses John Milton, Thomas Hobbes, Edward Coke, John Locke, os espanhóis Vázquez de Menchaca, Gabriel Vázquez, Vitoria y las Casas, Francisco Suárez e o maior expoente francês Rousseau.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Página 27

como direitos naturais do seu povo resultam que uma progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa, figurando como expressiva ampliação ao conteúdo das liberdades dos cidadãos.²⁰

Na linha filosófica iluminista do século XVIII se desenvolveu a ideia de inexistência de desigualdades naturais entre os homens, independente dos dogmas sagrados que dão autoridade soberana ao direito divino, afirmando a igualdade de todos perante a lei ao reconhecer que as desigualdades civis fáticas não eram naturais e sim criadas das convenções entre os homens, do estabelecimento da propriedade e do processo de criação e aplicação das leis.²¹

Dentre os grandes arquitetos do Iluminismo se destacam Locke e Hobbes, que defendiam a criação e instituição de um poder político suscetível a manter a ordem, a segurança e a paz de todos os homens, pois sem este imperaria aquilo que ambos os autores denominam de “*estado de natureza*” onde há uma situação permanente de conflito e guerra. A partir de um espectro distinto, mas em sentido próximo, os pensamentos de Rousseau, Voltaire e Montesquieu foram determinantes para a inauguração dos modelos constitucionais, pois tanto a Constituição Norte Americana de 1787 decorrente da Revolução Norte Americana como a Declaração de Direitos de 1789 decorrente da Revolução Francesa tem como fundamento a absorção das referidas concepções.²²

Os primeiros direitos fundamentais representam sobre tudo a ruptura do *status quo* da relação entre indivíduo e soberano, fator que corresponde ao surgimento do constitucionalismo moderno, tendo na Revolução Francesa o símbolo da ruptura do estado absolutista para o reconhecimento de valores comuns que passariam a reger os direitos fundamentais como as liberdades individuais e a noção de igualdade de todos perante a lei, elevando-os a princípio jurídico-político.²³

Assim surgem os direitos fundamentais denominados de primeira geração ou dimensão, que manifestamente possuem caráter individualista e demarcam as esferas de proteção do indivíduo frente ao Estado, e por isso também são denominados direitos de

²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição. Coimbra: Almedina. 2012. Página 26

²¹ DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicação no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina. 1999. Página 44

²² CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e direito constitucional*, ed. lit. Miguel Galvão Teles, 6ª edição revisada e ampliada reimpressão. Coimbra: Almedina. 1983. Páginas 45 - 52

²³ ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: Introdução à jurisprudência*. Página 46

defesa. Portanto os direitos primeiros direitos fundamentais tem atuação essencialmente negativa, ou seja, são direitos que representam uma limitação ao poder do soberano em relação aos indivíduos. Assumem particular importância nesta geração de direitos fundamentais o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, e em um segundo momento são complementados pelas liberdades coletivas, pelos direitos de participação política e pelas garantias processuais, sendo estas as primeiras manifestações de direitos fundamentais expressas pelo constitucionalismo ocidental.²⁴

Paulatinamente a concepção de direitos fundamentais de primeira dimensão passou a ser questionada devido a constatação de sua insuficiência e ineficácia para resolver as questões sociais e econômicas decorrentes do processo de modernização e industrialização da sociedade, que passara a ser organizada em grandes centros urbanos. Neste contexto Perelman afirma que o modelo liberal de igualdade formal se mostrou insuficiente pois quando as relações econômicas e sociais são desiguais a liberdade sede lugar à opressão do sujeito vulnerável.²⁵

As reiteradas críticas formuladas ao modelo liberal de direitos fundamentais do final do século XIX e do início do século XX deu origem, a partir do aprimoramento da concepção de igualdade que passou a diferenciar a noção de igualdade formal e de igualdade material. A igualdade material coloca em crise os direitos fundamentais de matriz liberal tendo como fundamento sua insuficiência na resolução de problemas sociais em que os sujeitos não são iguais de fato.²⁶ É do desenvolvimento da relação entre *liberdade e igualdade*, pela afirmação dos pontos que se complementam, e nestes pontos surge a concepção de *igualdade de condição*, que é entendido como os elementos ou condição social necessária para a redução de desigualdades fáticas e promoção da liberdade real entre os sujeitos. A igualdade de oportunidade representa sobre tudo o ponto de encontro de duas grandes tradições jurídico-ideológicas, a liberal e a social.²⁷

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional 24ª edição*. São Paulo: Malheiros. 2009. Página 517. A noção de liberdade coletiva tem amparo na liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião e associação. Entre as liberdades políticas compreendem o direito à democracia, o direito ao voto, a capacidade eleitoral e política dos sujeitos em sede de igualdade. As primeiras garantias processuais correspondem ao princípio do devido processo legal, habeas corpus, direito de petição.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. 160

²⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, vol. II, direitos fundamentais tomo IV, 1º Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2014. Página 76

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais, Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL Editora. 2017. Neste sentido o autor afirma o compromisso do Estado Social de Direito com a inclusão democrática dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais em complemento as já consagradas liberdades e garantias. A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de

Advém daí desta concepção o Estado Social de Direito, que complementa e torna eficaz os direitos fundamentais pois promove políticas sociais tendentes com a finalidade de alcançar a igualdade real entre os cidadãos, impondo particulares limitações à autonomia privada, na finalística busca por justiça.²⁸ Com o reconhecimento dos direitos sociais e a modificação na gênese dos direitos fundamentais, estes não se destinam unicamente a promover a liberdade perante o Estado mas sim liberdade real por intermédio e atuação do Estado, sem suprimir a noção de liberdade.²⁹

Afirma-se que o Estado Constitucional assimilou os direitos fundamentais enquanto condição de sua existência, em que estes passaram a situar como critérios de legitimação e como fundamento de sua própria existência, na medida que o poder estatal só se justifica por e pela realização dos direitos fundamentais, dos direitos do homem e da noção de justiça.³⁰ Os direitos fundamentais equivalem a vínculos valorativos que condicionam a validade das normas produzidas no âmbito estatal e norteiam os fins da concepção moderna de estado constitucional de direito.³¹ A atual concepção de direitos fundamentais entende que estes são expressos no texto constitucional como valores que devem ser respeitados pelo estado enquanto fundamento de validade do próprio Estado. Mostra-se especialmente após a Segunda Guerra Mundial uma tendência de positivação dos direitos fundamentais sociais no âmbito constitucional, alterando a função dos direitos fundamentais de defesa contra os arbítrios do Estado para a promoção de direitos fundamentais (não só mas também) a partir da atuação do Estado. A modificação de concepção dos direitos fundamentais com a alteração dos elementos da ordem jurídica

1919 foram as primeiras constituições a consagrar expressamente direitos sociais. Em contraponto ao desenvolvimento social democrático surgem as constituições soviéticas ou mesmo constituições de autoritarismo fascista que desvalorizaram as liberdades e garantias em razões sociais.

²⁸ ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral 2ª Edição*. Cascais: Principia. 2015. Página 78

²⁹ SARLET, Info Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Página 32. Neste sentido o autor afirma ser indiscutível que exista uma íntima e indissociável relação entre os direitos fundamentais e a noção de constituição e de Estado de Direito, como afirma KLAUS STERN para quem “*as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental*”

³⁰ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 1994. Página 142

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del mas débil, prólogo de Perfecto Andrés Iránes*. Madri: Trotta. 2016. Página 22. Ressalta-se que o autor realiza uma distinção entre os direitos fundamentais que seriam propriamente fundamentais e inerentes à condição humana mais próximos da concepção jus-naturalista dos direitos que ganham força de fundamentais porem que não representariam uma essencialidade ao ser humano.

originária formam um sistema axiológico de valores que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.³²

Tendo como fundamento o contexto de Estado Social de Direito que os direitos laborais emergem enquanto direitos fundamentais na generalidade dos textos constitucionais, com a finalidade de auferir o primado de igualdade material (igualdade de condições, ou seja, um mesmo ponto de partida para que todos possam desenvolver de forma igual suas aptidões) aos cidadãos, já inspiradas pela diluição do reconhecimento da proclamação dos Direitos Humanos.

Em relação ao salário, mostra-se uma tendência *prima facie* de qualifica-lo enquanto direito fundamental do trabalhador, pois ao consagrar os valores laborais como direitos fundamentais, tutela-se de forma explícita ou implícita em função de sua relação inseparável da noção de relação de trabalho subordinado e contrato de trabalho.³³

2. A ciência do direito e o sistema jurídico orientado por valores

Com o reconhecimento dos direitos fundamentais no início do século XX pelo Estado enquanto elemento material de legitimidade, em especial dos direitos fundamentais sociais, percebe-se um processo de adequação da ciência jurídica com o objetivo central de promover, na dogmática do direito, a efetivação dos direitos propugnados no âmbito constitucional e ao mesmo tempo conferir aos operadores do direito métodos para sua aplicação, capazes de garantir a segurança e previsibilidade jurídica.³⁴

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* 7ª edição, 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina. 2007 Página 115.

³³ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo, Trigésima Octava Edición*. Madri: Tecnos. 2017 Página 83. O autor refere que a constitucionalização do direito do trabalho foi uma das primeiras manifestações sociais no âmbito privado, o que se justifica pela relação estreita entre os direitos laborais e a dignidade da pessoa humana, com a finalidade de impedir que o trabalhador seja utilizado como *coisa* ou que os direitos patrimoniais do empregador sejam satisfeitos em supressão dos direitos fundamentais (liberdades) do trabalhador.

³⁴ SOUZA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina. 2012. Página 25 - 29. A concepção de ciência é distinta da noção de filosofia, história e sociologia do direito por analisar este enquanto uma realidade normativa, percebendo o direito como um dever ser, situando-se a partir de uma perspectiva interna enquanto por exemplo a sociologia analisa o direito a partir de uma perspectiva externa, para então seja possível a solução de casos concretos. A ciência do direito destaca-se pela criação de métodos específicos que permitem a resolução de casos concretos através da aplicação de regras jurídicas em três perspectivas distintas, interpretação das fontes do direito, definição do método que deve ser seguido na integração de lacunas legislativas e método que deve ser seguido na construção de decisões concretas.

O desenvolvimento da ciência do direito no presente estudo surge com fundamento na adoção da concepção de direito formado por um *sistema de valores axiológicos* enquanto determinação metodológica, matriz que será trilhada no decorrer da construção do *princípio da proteção do salário*. Nota-se que não será possível refletir sobre o longo processo de desenvolvimento da ciência do direito, pelo qual somente será exposto referências sintéticas sobre o longo legado sociocultural e jurídico deixado pela antiguidade que foi absorvido e interiorizado pela ciência jurídica moderna.

A necessidade de se estabelecer uma determinação metodológica no âmbito da ciência jurídica decorre da constatação de que o estudo sobre o tema que se busca analisar, especialmente quanto aos direitos fundamentais sociais ou mesmo os princípios jurídicos, nos remetem à questões tão elementares como a própria concepção sobre “*o que é o direito*” questionado por Hart³⁵, pelo qual resulta em distintas e mesmo contraditórias respostas. Neste sentido mostra-se necessário a adoção de uma diretriz metodológica sem contudo desenvolver os extensos e profundos elementos que o circundam, pois correríamos o risco de desvirtuar a proposta do trabalho.

O ponto de partida a respeito da análise da ciência jurídica moderna é comumente estipulado pelo surgimento da Escola de Tradição Medieval ou *Escola de Bologna*³⁶ noção que foi posteriormente expandida dando origem à *Escola Humanista* protagonizada em França no século XVI, que se propôs a restaurar os textos jurídicos da Antiguidade. Um segundo movimento é reconhecido pelas concepções a respeito do direito natural do homem, representando uma segunda geração de juristas que buscaram sistematizar o direito a partir das grandes codificações, já inspiradas pelos movimentos liberais supra mencionados.

As grandes codificações deram origem à Escola de Exegese positivista pelo qual se atribuí a formalismo e a noção de completude do direito, movimento alvo de suscetíveis críticas pelo fato de não promoverem respostas reais às intensas transformações sociais. No primeiro quarto do século XX, com o reconhecimento dos direitos sociais pelos textos constitucionais, os referidos movimentos foram postos em evidência dando origem a distintas teorias. Dentre as diversas correntes doutrinárias se destacam com maior expressão a *jurisprudência dos conceitos*, *jurisprudência dos*

³⁵ HART. Herbert Lionel A. *O conceito de direito*, tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. Página 10

³⁶ Este foi o momento de renovação do estudo do *Corpus Iuris Civilis* pelo qual os denominados *Glozadores* interpretavam os textos romanos e apontavam o seu real significado através da determinação dos conceitos

interesses e posteriormente a *jurisprudência valorativa*³⁷, no sentido de criar gerar uma abertura ontológica e axiológica dos conceitos jurídicos a partir da manutenção da racionalização do direito e da segurança jurídica, em oposição à *Escola de direito livre*, que não reconhece a ciência tipificada do direito.

O positivismo do século construiu a ideia de sistema jurídico fechado e completo que representava a imagem jurídica da sociedade civil de seu tempo, fundamentado essencialmente nos valores liberais propostos pelo pensamento Iluminista que influenciaram às revoluções. O intenso desenvolvimento social derivado essencialmente da Revolução Industrial e do surgimento de uma nova classe social altera todo o modelo político, oitocentista, pelo qual no início do século XX o positivismo do direito privado deixou de ser capaz de manter a unidade sistemática necessária, dando origem a autonomização em domínios particulares, precisamente no campo social.³⁸

O processo de desconstrução do positivismo clássico deu-se no direito privado germânico pela utilização de *clausulas gerais* e de *conceitos indeterminados* tal como *boa fé*, *razão suficiente*, *lealdade*, *bons costumes*, em detrimento da segurança positivista, introduzindo uma nova forma de pensar o direito, surgindo assim, novas tendências metodológicas quanto da aplicação do direito.³⁹ As referidas manifestações derivadas da ciência do direito buscaram sobre tudo adapta-lo às exigências sociais impostas e às novas necessidades jurídicas para além do que se encontra da lógica dedutiva positivista. Para tanto buscou-se modificar o conceito de sistema externo, que tradicionalmente corresponde ao modo de conhecer, explicar e aprender o direito e também o sistema interno na noção de construir, aplicar e decidir o direito.

Em razão dos traumas derivados das duas Grandes Guerras e com a necessidade de repensar toda a ordem jurídica germânica é desenvolvida a concepção de sistema jurídico orientado por valores axiológicos. É construído, essencialmente na doutrina Germânica, o *novo pensamento sistemático* com a finalidade de atribuir uma função de controle do sistema jurídico aos valores nele existente.

³⁷ Sobre o desenvolvimento das referidas Escolas de Direito: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, tradução de José Lamago, 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. Páginas 21 – 44

³⁸ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 2ª Edição, tradução António Manuel Hespanha. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1993. Página 655

³⁹ SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica. Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero*. Madri: Técnos. 1996. Página 67

O sistema de valores no direito privado será fundamentalmente analisado a partir dos pensamentos de *Karl Larenz* e de *Claus-Wilhelm Canaris* como sendo estes os principais expoentes da doutrina.

O fundamento da concepção valorativa decorre da noção de que existe no direito uma ordenação axiológica e deontológica para além da subsunção da análise da premissa legislativas (pré)existente, que limita o operador do direito a uma única interpretação não valorativa, concepção decorrente do jus-positivismo. O *novo pensamento sistemático* conhece e concebe nos valores jurídicos e na jurisprudência, enquanto fonte e objeto do direito, elementos capazes de atribuir unidade e integridade ao regime jurídico a partir de valores teleológico consagrados explicitamente ou implicitamente que orientam a aplicação e interpretação na ideia finalística de direito justo, em contraponto ao pensamento de Kelsen.

Desenvolve-se a utilização de métodos interpretativos sistemáticos que atendam às diferentes fontes do direito, pelo qual afirma-se que uma determinada regras só é plenamente esclarecida quando observada na totalidade de todo o conjunto de regras, dos princípios e dos valores que orientam o direito. A concepção valorativa modifica substancialmente a produção e interpretação do direito e concede unidade ao sistema jurídico, superando a ideia de completude legislativa desenvolvida pelos códigos oitocentistas em que todos os comandos decorreriam da lei, pois a coerência existente entre as diferentes regras emergem de um determinado sentido atribuído por diversos fatores e orientado pelos valores propugnados pelo sistema jurídico.⁴⁰

Canaris entende essencialmente que o sistema de valores tem a finalidade de atribuir ao direito as exigências de *ordenação* e *unidade*. A ordenação corresponde ao adequado desenvolvimento da conexão entre o valor (direção abstrata) e o princípio jurídico, com a finalidade de solucionar de forma racional possíveis contradições ou omissões, ou mesmo para auxiliar a interpretação de conceitos indeterminados na

⁴⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros Editores. 1995. Páginas 15 – 23. Neste sentido Juarez de Freitas define o direito como *uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando as antinomias, dar cumprimento aos princípios do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressas ou implicitamente na constituição ou mesmo na declarações que os Estados tenham ratificado*. O autor chega à defender que interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro e neste sentido não se deve colocar a interpretação sistemática como outros meios de interpretação, pois qualquer interpretação jurídica deve necessariamente ser sistemática, ou não será interpretação do direito.

formulação de atos decisórios concretos.⁴¹ Quanto à *unidade*, entende necessária a formulação sistematizada de alguns poucos e profundos valores para informar e indicar o sentido de todo o sistema jurídico, limitando a existência de contradições internas. A partir deste elemento é idealizada a concepção de valores gerais da ordem jurídica, ou seja, aqueles valores que são amplamente reconhecidos pelo sistema jurídico e pela própria sociedade enquanto fundamento material da noção de Estado. O reconhecimento da noção de valores jurídicos é fundamental para o desenvolvimento dos princípios, pois estes são sempre orientados pelos valores, mas nem sempre são gerais, havendo princípios específicos de cada subsistema jurídico, o que é fundamental para o desenvolvimento da unidade do sistema jurídico pois permite o diálogo entre os diferentes subsistemas a partir dos valores, princípios gerais e princípios específicos.⁴²

Destas concepções decorrem a noção de que a ordem jurídica é tendencialmente incompleta e aberta, pois seu objeto, depende do processo de conhecimento de seu tempo, em oposição à ideia de completude e exaurimento do sistema jurídico modelado unicamente pela legislação, concepção própria do modelo clássico de direito.⁴³ O sistema é móvel (incompleto e aberto) pois o conteúdo dos valores é suscetível à mudanças, sendo que estas se mostram mais evidente ao analisar o conteúdo dos princípios e menos evidente quanto ao conteúdo dos valores. Isto decorre justamente da noção de que os valores terem maior abstração em seu conteúdo e terem a finalidade de manter a estabilidade do sistema jurídico, sendo portanto menos suscetíveis à modificações de seu conteúdo. Por outro lado os princípios ocupam o ponto intermédio entre a abstração dos valores e a concretude das regras, eles excedem os valores por estarem suficientemente determinados e por possuir configuração ontológica, mas por outro lado não tem a pretensão de exclusividade das regras, permitindo a existência de princípios conflitantes no mesmo sistema jurídico.⁴⁴

É desenvolvido a concepção de valores enquanto sistema axiológico para auxiliar no desenvolvimento de soluções de casos concretos, bem como que atue ao mesmo tempo como fonte, limite e controle de racionalidade das decisões judiciais. Esta

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro 3ª Edição*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian. 2002. Página 74

⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Página 80

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Página 104

⁴⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Página 481 – 482

concepção é essencial para a compreensão do desenvolvimento da efetivação e aplicação das normas de natureza social, essencialmente no âmbito laboral, pois como já referido, a partir da metade do século XX os textos constitucionais passaram a reconhecer axiologicamente no texto constitucional e na legislação infraconstitucional um sistema de valores pautado na tutela do trabalhador.⁴⁵

Em que pese o entendimento até então desenvolvido sobre o *sistema de valores*, não se deve esquivar das críticas que têm sido atribuídas ao referido modelo, no sentido de distorcer a própria lógica de Estado de Direito através do ativismo judicial que atrai para si (para suas próprias convicções) a forma de construir, interpretar e aplicar o direito, usurpando-a do legislados devidamente constituído pela coletividade democrática, no sentido de que a doutrina dos valores alimenta a luta pelas convicções e interesses do próprios do julgador.⁴⁶ Outra pertinente crítica decorre da ideia de que a importação da doutrina germânica para outros sistemas jurídicos que não possuem os mesmos contornos históricos observados na Alemanha e sem a determinação e delimitação dogmática concreta tem estimulado o surgimento de todo o tipo de princípios para resolução de casos concretos, sem o seu devido aperfeiçoamento.⁴⁷ Neste sentido é fundamental ter a concepção de que os princípios decorrentes de valores devem necessariamente passar por um rigoroso filtro de ponderação, sob risco do Estado de Direito ser afrontado pelos “*não valores*” jurídicos.

A adoção da concepção de direito orientado por valores jurídicos suscita uma segunda aproximação no sentido de determinar quais os valores orientariam a ordem axiológica jurídica. Opta-se por estabelecer a *Declaração Universal dos Direitos dos Homens* enquanto documento de maior importância e consenso global pelo qual a grande maioria dos Estados concordou com seu conteúdo, reconhecimento e validade. Nesta perspectiva não se buscará justificar ou examinar quais são os valores que orientam o sistema jurídico, como desenvolvido por Rawls⁴⁸ na filosofia do direito, e sim adotar os

⁴⁵ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. Página 40

⁴⁶ SCHIMITT, Carl. *La tiranía de los valores, Prologo de Jorge E. Dotti*. Buenos Aires: Hydra. 2009. Página 141

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 edição*. São Paulo: Saraiva. 2011. Página 50

⁴⁸ Neste sentido: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça, Tradução de Carlos Pinto Correia*. Lisboa: Editorial Presença. 2013. Páginas 71 – 90. Sobre tudo, a teoria de justiça proposta por RAWLS consubstancia a ideia de que, se tivéssemos que escolher um modelo de sociedade para vivermos, porem nossa escolha devesse ser feita a partir de um véu da ignorância, que nos impedisse de sabermos em qual colocação social iríamos estar situados nesta sociedade, que tipo de sociedade escolheríamos? Que forma de estrutura sociopolítica

valores já formam proclamados na DUDH como sendo aqueles que representam atualmente os principais valores dos sistemas jurídicos, ao menos em relação ao modelo de direito Romano Germânico.⁴⁹ Isso porque como tem sido muito referido, o problema não se trata mais em determinar quais os valores dos sistemas jurídicos, pois estes já foram reconhecidos na DUDH de forma consensual sobre tudo pelos valores da *dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade*, devendo os sistemas jurídicos tratar de dar efetividade aos referidos valores.⁵⁰

2.1 A dignidade humana

O surgimento da dignidade da pessoa humana enquanto valor jurídico⁵¹ é relativamente recente e tem sido desenvolvido com maior propriedade a partir do fim da Segunda Grande Guerra que culminou na proclamação da Declaração Universal de Direitos Humanos, sendo que a partir então os Estados passaram a integrar com maior frequência este valor nos textos constitucionais.⁵²

Ainda que o surgimento do valor da dignidade humana nos textos constitucionais seja recente, a ideia de homem dotado de valores tem suas raízes no pensamento clássico e na ideologia cristã segundo a afirmação de que o homem foi criado à imagem e semelhança de deus, premissa pela qual o cristianismo extraiu a consequência de que, se o ser humano é dotado de valor singular e inerente a sua condição de humano

escolheríamos? Quais valores seriam eleitos para orientar o senso de justiça? A partir da colocação destas questões é defendido que seria mais adequado racionalmente adotarmos um sistema jurídico-político fundamentado em dois princípios basilares, o primeiro que promovesse às liberdades individuais para todos os sujeitos na maior forma do possível e outro que distribuísse às desigualdades econômicas e sociais de forma adequada e em consequência do exercício de cargos e funções que estejam disponíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. Com isso a ideia de justiça proposta por RAWLS é fundamentada no pressuposto de liberdade que atenda a igualdade de oportunidades, a redistribuição de riquezas e a proteção dos desfavorecidos, em uma manifesta intenção de promoção da dignidade da pessoa humana à todos.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier 2004. Página 50

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Página 55

⁵¹ Ressalta-se que para Alexy a dignidade da pessoa humana não corresponderia a um princípio ou valor jurídico, mas a um “*meta princípio*”, pois este transcenderia a ideia de normativa ou valorativa.

⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, direitos fundamentais tomo IV*. Página 220. Nos sistemas jurídicos próximos a dignidade da pessoa humana é exposta expressamente, como por exemplo na Constituição da Alemanha de 1949 pelo Art. 1º, I ao referir a *natureza sagrada da dignidade da pessoa humana*, na Constituição de Espanha de 1976 pelo Art. 10,1, na Constituição de Grécia pelo Art. 2º, I, na Constituição de Portugal de 1976 pelo Art. 1º ao declarar o sistema jurídico como “*uma república baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.

pelo qual necessariamente todos os seres humanos são dotados de igual dignidade.⁵³ O fato do ser humano ser dotado de personalidade, razão e consciência representa justamente o denominador comum de todos na representação de sua mesma igualdade.⁵⁴

Em que pese uma longa trajetória no campo jus-filosófico, muito devido ao reconhecimento dado pelo jus-naturalismo, é com o seu reconhecimento na DUDH em seu preâmbulo no sentido de que “*o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*” e no Artigo 1º ao referir que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*” que este valor passa a produzir maiores efeitos práticos no mundo jurídico.

O sentido da dignidade humana tem sido interpretado de distintas formas, inclusive enquanto elemento que orientaria os demais valores e princípios, atuando enquanto *metaprincípio*, tal como a ideia de justiça e de Estado de Direito. Certo é que do valor da dignidade humana decorrem princípios corolários, dos quais buscaremos referir os que tem recebido maior relevância enquanto norma, pelo qual a doutrina e a jurisprudência tem buscado estabelecer seu contorno básico e delimitar seu âmbito de atuação.

Decorre do valor da dignidade humana as manifestações de autonomia e autodeterminação dos seres humanos, ou seja, a determinação de que os sujeitos possam de forma livre e igual desenvolver suas próprias aptidões.⁵⁵ Também é suscitado a dignidade humana enquanto dever do estado de preservar e até mesmo criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade humana. Um sentido mais determinado deste valor corresponde ao princípio da proteção da integridade física dos indivíduos que pode tutelar a proibição de tortura, pena de morte, das penas de natureza corpora, da utilização dos sujeitos para experiências científicas.⁵⁶

⁵³ MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque 1º volume*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2010. Página 941

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, direitos fundamentais tomo IV*. Página 54. O autor refere a existência de pontos comuns em modelos sociais distintos, ainda que o elemento da personalidade individual seja menos presente frente à intensa concepção de grupo e comunitária, pelo qual não se pode afirmar a existência da noção jurídico-política de direitos fundamentais, é possível identificar para além de tudo um respeito à condição humana e de solidariedade, ainda que minimizada frente à lógica coletiva.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Página 65

⁵⁶ LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos*. Página 318

Em relação ao direito do trabalho a tutela da dignidade humana tem sido referida na tutela de atividades violentas, perigosas ou degradantes que ponham em risco a saúde ou segurança do trabalhador. Diretamente relacionado à matéria salarial o valor da dignidade humana atua como referência na tutela do princípio da suficiência salarial, princípio de será desenvolvido no decorrer do trabalho, cujo a finalidade é atribuir um rendimento mínimo que garanta a satisfação das necessidades elementares ao trabalhador.⁵⁷

2.2 A liberdade

A concepção de liberdade, enquanto elemento que integra a condição de existência do homem, já era desenvolvida desde às primeiras sociedades organizadas, devendo-se distinguir ao menos na concepção jus filosófica ocidental duas grandes extensões, a liberdade dos antigos desenvolvida até a ascensão do cristianismo e a liberdade dos modernos. A liberdade dos antigos corresponde antes de mais nada na participação efetiva da vida da cidade, sendo que para os modernos a liberdade corresponde na busca pela realização da vida pessoal. A liberdade dos modernos absorve as primeiras concepções sendo desenvolvida a partir enquanto elemento da própria racionalidade humana consubstanciada no livre arbítrio.⁵⁸

Em um segundo momento é proclamado o direito à liberdade, como já referido, integra a primeira geração de direitos fundamentais como garantia da esfera individual livre de intervenção do Estado. Os direitos de liberdade mostraram-se insuficientes para o real gozo da liberdade real, surgindo a necessidade de fomentar condições fáticas para o exercício real de liberdade, ou seja, liberdade através do Estado. Neste sentido, os direitos e garantias de liberdade determinam aos poderes constituídos obrigações de preservar e concretizar o direito de autodeterminação dos indivíduos.⁵⁹

Uma terceira evolução da noção de liberdade corresponde para além da proteção interna, proteção entre os indivíduos e proteção contra o Estado, com o reconhecimento da proteção dos direitos humanos por instâncias internacionais, como

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Página 131

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, direitos fundamentais tomo IV*. Página 18

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição 2ª edição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. Página 133

ocorre com o reconhecimento dos inúmeros direitos de liberdade presentes na Carta das Nações Unidas pela *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e em outros numerosos documentos de âmbito geral ou setorial.⁶⁰

Enquanto no direito público a liberdade é preponderantemente compreendida enquanto elemento de abstenção e respeito do Estado perante o indivíduo a noção de liberdade no direito privado é desenvolvida enquanto valor geral do direito, tendo como seu maior corolário o princípio da autonomia privada. A autonomia privada equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada sujeito dentro da ordem jurídica, englobando tudo o que se pode realizar no prisma material e jurídico tal como a capacidade para celebração e estipulação de contratos.⁶¹ No mesmo sentido a autonomia privada também corresponde à liberdade que o sujeito possui de reger e vincular a si próprio perante outro, de prometer-se e se comprometer.⁶²

No âmbito laboral o valor da liberdade tem se desenvolvido de forma significativa em relação à liberdade para se constituir comissão de trabalhadores, a liberdade sindical, a autonomia da negociação coletiva e pelo direito à greve. Nota-se que este espaço de liberdade poderá ser maior ou menos intensa a depender da posição no espectro político de cada sociedade e da forma com que o Estado regule determinada matéria face aos interesses coletivos, devendo-se afirmar a noção de autonomia privada como elemento fundamental de liberdade em sentido amplo na qual os indivíduos possam manifestar de diferentes formas seus interesses por meio de negócios jurídicos, sendo elemento fundamental do Estado Social de Direito ou mesmo da noção de direito laboral.⁶³

2.3 A igualdade

A noção de igualdade, assim como exposto no valor de liberdade, transcende o pensamento jurídico e se faz presente em outras ciências humanas, razão de sua interdisciplinaridade que por vezes pode suscitar uma abordagem para além do campo do

⁶⁰ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público 6ª edição*. Cascais: Principia. 2016 Página 279

⁶¹ CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português Volume I parte geral Tomo I*. Página 173

⁶² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. Almedina 5ª edição. Ed. Almedina: Coimbra. 2008. Página 15

⁶³ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Página 63

direito, pelo qual em virtude da objetividade deste trabalho se buscará limitar a o estudo dos pontos estritamente jurídicos e pertinentes para o desenvolvimento proposto.

O conceito de igualdade se revela historicamente adaptável ao dever a transformação social, sendo que a noção ideia de igualdade já era pensada pelos filósofos da Grécia pré-socrático, mas a relação de igualdade e justiça deve-se a Platão⁶⁴ na República ao estabelecer que a igualdade em diferentes proporções seria um elemento de justiça, sendo que a referida medida, enquanto atributo de justiça, passou a constituir um dos fundamentos da Democracia Ateniense. Aristóteles tratou a igualdade como fator do direito e da justiça, referindo-se sobre duas diferentes formas de igualdade, a *igualdade aritmética* e a *igualdade geométrica*.⁶⁵

Aos Estoicos é reconhecida a interiorização da ideia de igualdade na essência da natureza humana⁶⁶ dando origem ao sentido natural da igualdade. A antiguidade concede, sobre tudo, o legado filosófico e cultural de que a igualdade está presente em todos os seres humanos, sendo que só será possível atingir à justiça por meio da igualdade.⁶⁷ Reconhece-se também o papel da *Doutrina Cristã*⁶⁸ ao afirmar, livre de contradição entre pensamentos distintos, que todos os homens são dotados de capacidade, razão e sentido, sem diferença de qualquer posição que hierarquize o ser humano, como forma de se contrapor a escravidão e a pobreza, concebida pelo poder político como condição natural.⁶⁹

Em razão dos valores feudais preponderantes na Idade Média mais pouco se desenvolveu sobre o sentido de igualdade, devendo-se ao pensamento Iluminista⁷⁰ novas

⁶⁴ No pensamento de Platão esta medida, enquanto atributo de justiça, constituía um dos fundamentos da democracia Grega.

⁶⁵ ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: Introdução à jurisprudência*. Página 15. Pondere-se que os referidos filósofos gregos escreviam sobre a igualdade natural tendo em consideração os cidadãos, sujeitos necessariamente livres, e por isso não reconheciam, e nem se poderia reconhecer em função da limitação cultural vigente, uma igualdade para a generalidade dos seres humanos. Ao se falar em igualdade na Antiguidade não estão inclusos os escravos, crianças ou mulheres situavam-se em condição de desigualdade natural decorrente do pensamento vigente.

⁶⁶ Neste sentido Cícero afirma no De Legibus a não existência na natureza igualdade tão completa quanto existe presente na humanidade, proclamando com isso a ideia de igualdade natural entre todos os seres humanos.

⁶⁷ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Página 27

⁶⁸ Posição também foi defendida, entre outros, por Lucio Célio Firmiano Lactâncio, São Gregório Magno, Santo Agostinho, Santo Ambrósio, Santo Isidoro de Sevilha e Marco Minúcio Felix.

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade: Introdução à jurisprudência*. Página 17

⁷⁰ Como já referido ao desenvolver a evolução dos direitos fundamentais, a igualdade foi fator preponderante de inspiração para o desenrolar da concepção Iluminista, pondo fim ao Absolutismo Monárquico Britânico pela Revolução Gloriosa, sendo inspiração para a Revolução dos Estados Unidos Americanos e para a Revolução Francesa.

concepções sobre igualdade de direitos entre todos, enquanto direito de defesa face ao poder político. Em decorrência das transformações sociais ocorridas no final do Século XVIII e início do Século XIX, paulatinamente a concepção formal de igualdade passou a ser questionada, devido a sua incapacidade para tutelar relações materialmente desiguais, pelo que entre o final do século XIX e o início do século XX é constituído um aprimoramento da concepção de igualdade. É desenvolvida a denominada *igualdade material* ou *igualdade de condições*, em complemento à ideia de *igualdade formal* ou *igualdade perante a lei*, entendida como às condições necessárias para a redução de desigualdades fáticas, pelo qual a partir dela os sujeitos poderão exercer de forma igual sua liberdade.⁷¹ Advém desta concepção o surgimento do *Estado Social*, que complementa e torna eficaz a igualdade pois promove políticas sociais tendentes a alcançar uma igualdade real entre os cidadãos, pela imposição de particulares limitações à autonomia privada.⁷²

A igualdade se encontra positivada de forma direta ou indireta em sua concepção formal ou material na maioria das Constituições Modernas, podendo seu âmbito de atuação ser mais ou menos extenso, devendo ser observada tanto pelo Estado quanto pelos particulares em suas relações privadas, na denominada *eficácia horizontal da igualdade*.^{73 74}

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Página 428

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada. Vol. I 4ª Ed. Revista*. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. Sobre tudo páginas 330 – 337. Como é referido pelo autor, atualmente a igualdade é percebida na maioria dos Estados Sociais de Direito pelo comprometimento em atenção às suas distintas concepções. Em sua concepção liberal o princípio de igualdade transmite a garantia de que todas as pessoas possuem a mesma posição perante a lei e o Estado, que deve ser geral, abstrata e impessoal, na concepção democrática o princípio proíbe vedação ao acesso ou participação no poder político e estrutura o fundamento de que todos tem o mesmo valor/peso na escolha dos representantes políticos e na concepção social impõe uma atuação do Estado no sentido de eliminar desigualdades econômicas, sociais ou culturais fáticas de forma a atingir na maior medida do possível uma igualdade de condições à todos.

⁷³ Sobre o desenvolvimento dogmático da eficácia dos Direitos Fundamentais ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional 11 Ed.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012. Páginas 350 – 386; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Páginas 280 -287. A concepção valorativa de ordem jurídica é determinante para a análise da denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* pela qual é sustentado a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares. Ressalta-se a relevância da matéria no âmbito laboral, pois é ela que conecta de forma direta a aplicação de direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho. Verifica-se que os direitos fundamentais são reconhecidamente aplicáveis nas relações de trabalho quando da relação naturalmente desigual, sentido próximo ao existente na relação entre o indivíduo e o Estado.

⁷⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, direitos fundamentais tomo IV*. Página 271. Neste sentido o valor de igualdade é expresso na Constituição Belga pelo Artigo 6º, na Constituição Mexicana pelo Artigo 4º, na Constituição de Alemanha pelo Artigo 109, na Constituição Italiana pelo Artigo 3º, na Constituição Portuguesa pelo Artigo 13 e na Constituição Brasileira pelo Artigo 5º, na Constituição Espanhola pelo Artigo 9º, entre outras.

A igualdade se manifesta no direito do trabalho quando da proibição de discriminação ou na promoção de igualdade material pela estipulação de “*quotas*” aos trabalhadores deficientes,⁷⁵ no âmbito salarial a igualdade atua como um dos principais princípios, pelo qual exige-se na relação de trabalho o respeito à igualdade salarial, tema que será desenvolvido na sequência do estudo.

3 A teoria dos princípios jurídicos

A construção do princípio da proteção do salário enquanto norma que atua na aplicação e concretização do direito exige a compreensão de noções essenciais sobre a atual concepção da *teoria dos princípios*. Ainda é suscitado questionamento sobre a real concepção de princípios enquanto normas jurídicas dotadas de razão capazes de produzir efeitos jurídicos concretos, sendo o tema estudado de forma muito profunda exigindo que que assim como realizado nos tópicos supra, um enquadramento teórico ao tema de análise. A normatividade dos princípios será analisada a partir da perspectiva de Dworkin, para quem a normatividade dos princípios decorre da percepção de questões lógicas e de Alexy, para quem a normatividade decorre de uma percepção *qualitativa* das regras e dos princípios. Limitaremos a analisar o desenvolvimento realizado pelos referidos autores pois são atuais referências sobre a efetiva consagração dos princípios enquanto fonte de direito e obrigações, concepção que ambos os autores chegaram ao estabelecer a distinção entre regras e princípios. Neste sentido a análise sobre o ponto servirá como determinação metodológica final, pela qual será alicerçado o *princípio da proteção do salário*.

Para Dworkin princípios são identificáveis enquanto tipo particular de normas jurídicas, uma vez que constituem necessariamente as exigências de justiça e equidade, pelo qual a aplicação das regras ocorre na dimensão da validade, os princípios apresentam-se como normas de aplicabilidade variável, condicionando-se a sua essencialidade em função das circunstâncias do caso em concreto.⁷⁶ Alexy adota à referida orientação tendo como fundamento outra perspectiva, partindo do conceito semântico geral de todas as determinações normativas, buscou diferenciar dois elementos distintos, a norma

⁷⁵ Enquanto proibição de discriminação se entende por estabelecer tratamento diferenciado a partir de critérios subjetivos e reprováveis a grupo ou categoria tal como tal como idade, sexo ou etnia, ou seja, não veda a realização de distinção onde desta não exista ou dela não se possa extrair.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, tradução de Nelson Boeira 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. Página 71

propriamente dita enquanto mandamento e o enunciado normativo, sendo que para o autor a determinação normativa corresponde ao significado que o intérprete extrai dos dois elementos, tendo como fundamento conceitos semânticos previamente definidos. É defendido que no ordenamento jurídico tanto as regras quanto os princípios são normas, porque ambos possuem caráter deontológico, ou seja, suscitam um dever ser de algo, ainda que seja necessário construir meios de aplicação distintos, pois sendo espécies diferentes de normas possuem características e meios de interpretação próprios.⁷⁷

A diferença entre regras e princípios não reside no caráter deontológico normativo mas sim em um critério *qualitativo*. Este critério corresponde ao fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro da realidade jurídica e fática existente, ou seja, são *mandamentos de otimização* que podem ser satisfeitos em diferentes graus. As regras por outro lado são normas que podem ou não serem satisfeitas pois atuam no âmbito da validade, e quando uma regra é válida deve ser aplicada salvo haja uma cláusula de exceção que limite seu efeito em determinada circunstância.⁷⁸

A distinção entre regras e princípios se mostra com clareza ao verificar a forma com que ocorre a colisão entre princípios e o conflito entre regras. A contradição entre duas regras é solucionada necessariamente com a eliminação de uma delas do sistema jurídico ou com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, pois não é admissível a existência em um mesmo sistema jurídico uma norma que proíba algum de fazer “A” e outra que permita esse mesmo alguém de fazer “A”, pois este alguém estaria ao mesmo tempo permitido e proibido de realizar uma mesma ação. Na aplicação das regras não é possível a existência de duas determinações contraditórias e válidas pois quando as regras são válidas devem ser aplicadas na forma do tudo ou nada, ou seja, ou se aplicam e são válidas ou não se aplicam e são declaradas inválidas.⁷⁹ A solução para a existência de colisão entre princípios é diversa, pois neste caso não ocorre na dimensão da validade como com as regras, mas na dimensão do “*peso*”, não exigindo-se que um princípio elimine o outro do sistema jurídico, devendo-se realizar um processo

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Página 54 – 63. O autor sustenta que a aqueles que negam a normatividade dos princípios analisam a questão somente em razão de suas características e não em função de sua *qualidade* normativa, sendo que o fato dos princípios serem genéricos e abstratos enquanto as regras são concretas não retira o caráter deontológico (*dever ser*) de ambos.

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Página 92

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Página 25

de ponderação para verificar a prevalência daquele que possuir maior “*peso*” ou “*preferência*” tendo em consideração a situação concreta do conflito.⁸⁰

A distinção entre regra e princípio consubstancia a ideia de que os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, não possuindo um mandamento deontológico definitivo mas tão somente um mandamento *prima facie*, pois da análise de um determinado caso em concreto, ou seja, prevalência de um princípio sobre o outro, não significa dizer que em outro caso distinto este princípio irá prevalecer sobre aquele, pois a condições da situação fática altera a valoração do “*peso*” do conflito dos princípios. Paralelamente à primeira distinção, é sustentada a utilização de princípios enquanto razões para juízos de casos concretos. Assim como às regras os princípios também exprimem um *dever ser*, com a distinção de que este é *prima facie* e somente se revela definitivo no caso em concreto. Princípios são relativamente mais gerais e abstratos que as regras, pois não estão em relação com as possibilidades do mundo fático e normativo, mas quando é analisado ao caso em concreto, passam a exprimir um mandamento normativo concreto.⁸¹

Observa-se que Dworkin também sustenta que o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, contudo determina o conceito de princípios normativos mais restrito, como sendo somente aqueles que sejam razões para posições individuais, sendo que os princípios relacionados com direitos coletivos não seriam propriamente princípios e sim “*normas políticas*” que são dirigidas essencialmente ao Estado e não aos sujeitos individuais.⁸²

4. Enquadramento teórico

A partir do referido nos pontos supra analisados decorre a delimitação teórica do presente estudo, pelo qual se buscará desenvolver o *princípio da proteção do salário*, enquanto norma integrante do subsistema jurídico laboral. Isso porque o Estado Social de

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Página 96. Neste sentido o autor refere decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão onde é aplicado esta metodologia, como por exemplo no caso *Lebach* em que houve a colisão entre o princípio da proteção da personalidade e a liberdade de expressão.

⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Página 104. Ressalta-se que o conflito entre princípios implica a utilização da máxima da proporcionalidade em suas três concepções, a de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A primeira e a segunda concepção referem-se às possibilidades fáticas enquanto a terceira se refere a possibilidades jurídicas.

⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Páginas 39 - 42

Direito revela uma especial vocação axiológica, sendo possível identificar concretamente nos diferentes sistemas jurídicos os valores e princípios teleológicos preponderantes, ainda que estes possam se mostrar implícitos. Nota-se sobre tudo a ideia de que os modelos constitucionais reconhecem direitos fundamentais em sentido formal (expressamente positivados) e direitos fundamentais em sentido material (implicitamente positivados), concepção que transcende a especificidade de cada regime jurídico. Tal concepção reconhece o conceito material de direitos fundamentais para além dos direitos expressamente declarados e atribuídos pelo legislador constituinte, tratam-se de direitos resultantes do sentido dominante de direito assentado no respeito aos referidos valores estruturantes, em especial no que se refere ao respeito à dignidade do homem.⁸³

Observa-se que a *teoria dos princípios* é inteiramente compatível com a *teoria dos valores* suscitada supra (pois inclusive absorve os referidos preceitos). A diferença substancial entre princípios e valores decorre do caráter deontológico dos princípios (enquanto dever ser) e axiológicos dos valores, que lhes impõe níveis de concretização e generalidade distintos, pelo qual os valores não exprimem materialmente preceitos normativos concretos, em contrariedade aos princípios.⁸⁴ A partir da concepção de direito formada por um sistema de valores é que buscaremos desenvolver o *princípio da proteção do salário* enquanto instituto geral do direito do trabalho e ferramenta que auxilie na obtenção e aplicação do direito.⁸⁵

Sobre tudo, ressalta-se o amplo reconhecimento da importância prática dos princípios jurídicos no modelo de direito contemporâneo, a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais, do desenvolvimento da ciência jurídica na utilização dos valores

⁸³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, direitos fundamentais, tomo IV*. Página 13 - 16

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Página 1160. O autor refere que os princípios são normas com características distintas das regras em função de seu grau de abstração, grau de determinação, caráter de essencialidade, proximidade aos valores, natureza normogenética.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Páginas 1173 – 1175. Como refere o autor, *a articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assenta em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios*. O autor também refere que *os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estes formam com os primeiros uma unidade material. Todos esses princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial*.

jurídicos que serviram de fundamento para a concretização da teoria dos princípios que concretizou a força normativa dos princípios jurídicos.⁸⁶

O *princípio da proteção do salário* será desenvolvido tendo em consideração o presente enquanto teórico, enquanto corolário do princípio da proteção do trabalhador, norma reitora de todo o direito do trabalho.

⁸⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, direitos fundamentais tomo IV*. Página 265. O autor refere, entre outras distinções em relação à regras e princípios, que estes possuem uma maior aproximação da ideia de direito ou dos valores do direito, maior generalidade e amplitude do que as regras, irradiação e projeção de seus efeitos a um número vasto de regras, versatilidade de seu conteúdo com densidade variável no tempo, não pretensão de plenitude exaustiva, expansibilidade perante situações ou fatos novos, entre outras características que os diferem.

CAPÍTULO II – O DIREITO DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS SALARIAIS

Será desenvolvido a evolução do direito do trabalho em sentido geral, a partir da perspectiva desenvolvida essencialmente na Europa Ocidental, gênese do modelo de direito do trabalho moderno que estendeu para a generalidade dos Estados, onde em função da mais expressiva industrialização dos meios de produção derivou-se de forma mais intensa e significativa a *questão social*. A superação da *questão social* se fez a partir do reconhecimento de normas laborais protetivas em diferentes níveis, das quais desenvolveu-se o direito do trabalho enquanto ramo jurídico autônomo com a finalidade de tutelar os interesses do trabalhador.

Em razão de diferentes fatores a evolução do direito do trabalho modifica-se substancialmente pelo qual sua autonomia dogmática passa a ser questionada. Neste sentido será apresentado os fundamentos da crise no direito do trabalho as soluções jurídicas apresentadas e a adesão de uma das concepções.

Em relação ao âmbito salário o direito do trabalho tem tradicionalmente desenvolvido princípios salariais, sendo que o salário é reconhecido no âmbito internacional enquanto instituto geral do direito do trabalho, sobre tudo na Declaração Universal de Direitos Humanos e nas Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, essencialmente desenvolvido por três subprincípios, o princípio da suficiência salarial, o princípio da igualdade salarial e as garantias salariais.

1. Perspectiva histórica e a denominada crise no direito do trabalho contemporâneo

A sujeição do homem ao trabalho se confunde com a própria história da humanidade e ainda que exista divergência sobre a herança da *locatio* desenvolvida no Direito Romano ao atual contrato de trabalho, o conteúdo desenvolvido na antiguidade e na idade média⁸⁷ não é associado ao modelo de trabalho subordinado existente a partir da

⁸⁷ A concepção de trabalho na Idade Média é regida pela lógica feudal, pelo domínio dos senhores feudais, clero, nobreza e pelo surgimento da servidão, que gozava de um estatuto jurídico ligeiramente diferenciado do escravo, dando origem a economia artesã. Em momento posterior surgem as denominadas *corporações de ofício*, modelo que teve grande importância enquanto impulsionador do processo de qualidade na produção, mas que em função dos conflitos internos entre as classes dos *mestres*, *companheiros* e *aprendizes* decorrentes da reserva de mercado e do monopólio da atividade por determinados grupos, que

modernidade.⁸⁸ A atual concepção de trabalho subordinado é fruto do sistema capitalista industrial derivado da criação do meio de produção maquinofaturado, pelo qual decorreram vários elementos como o surgimento dos grandes centros urbanos impulsionados pela produção larga escala que demandou o emprego direto de grandes contingentes de trabalhadores pelo emprego essencialmente do esforço físico, o surgimento da figura empresarial que atua na concentração de capital e cria uma relação de desigualdade frente aos trabalhadores que contrata e o surgimento de uma nova classe social, denominada de assalariada, que depende essencialmente da prestação da atividade desenvolvida no contrato de trabalho subordinada para manutenção do seu meio de subsistência.⁸⁹

A *revolução industrial*, dada pelo surgimento da máquina a vapor e pelas novas técnicas de produção foi determinante para o desenvolvimento do modelo oitocentista de trabalho. Este modelo era regido pela concepção liberal de sua época, que conduziu o vínculo laboral subordinado, que até então não existia neste modelo e intensidade, para a figura Romana da *locatio conductio operarum*⁹⁰. Para este enquadramento foi necessário qualificar a atividade laboral como um bem que integra o patrimônio do trabalhador, do qual este poderia dispor livremente como o “*objeto*” do negócio.⁹¹ A percepção liberal de contrato de trabalho, presumindo uma igualdade jurídica e econômica inexistente entre o trabalhador e o empregador deu origem a livre contratação e estipulação de salários regida pela lei da oferta e da procura.⁹² Ainda fortemente influenciados pelos valores de

o modelo foi posto em causa. O desenvolvimento dos centros urbanos propiciou a criação de uma nova classe, os comerciantes, que atuavam entre o produtor e o consumidor, fazendo o produtor perder sua independência enquanto tal, introduzindo uma nova concepção ao capital.

⁸⁸ Para uma perspectiva mais aprofundada sobre a evolução histórica do direito do trabalho ver também: XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Manual de direito do trabalho 2ª edição, com a colaboração de Pedro Furtado Martins, Antonio Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida*. Lisboa: Verbo. 2014. Páginas 57 – 70

⁸⁹ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derecho del trabajo y ideologia 7ª edición*. Madri: Tecnos. 2011 Página 25

⁹⁰ OLEA, Manuel Alonso. *Introduccion al derecho del trabajo, 5ª edicion*. Madrid: Civitas. 1994. O Direito Romano disciplinava a *locatio conductio* de diferentes formas distintas, a *locatio conductio rerum* pelo qual alguém se obrigava a disponibilizar o gozo temporário de coisa, o *locatio conductio rerum* pelo qual uma pessoa se obrigava a realizar para outra uma dada feitoria em troca de contraprestação e o *locatio conductio operarum*, que consistia a figura pelo qual uma pessoa se obrigava a desenvolver certa atividade em troca de merces (contraprestação).

⁹¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *De la servidumbre al contrato de trabajo – Deambulação em torno da obra de Manuel Alonso Olea e da Singularidade dogmática do contrato de trabalho*. In: *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina. 2004. Página 532

⁹² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Estudos de direito do trabalho volume I*. Ed Almedina: Coimbra. 2003. Página 129

liberdade e igualdade propugnados pela Revolução Francesa, as primeiras codificações oitocentistas não dedicam grande atenção à figura do trabalho subordinado.⁹³

A concepção liberal de contrato de trabalho, impulsionado pelas rápidas alterações sociais na estrutura econômica e política geradas pelos modelos de industrialização, foram responsáveis pela degradação da condição de vida dos assalariados das sociedades já industrializadas. A modificação social, acompanhada das ideias de liberdade inspiradores da Revolução Francesa, conduziram a nova classe social de trabalhadores assalariados a consequências terrivelmente degradantes, especialmente em relação à jornadas de trabalho extremamente esgotantes, salários “*de fome*”, atividades extremamente perigosas e desgastantes, exploração do trabalho feminino, de crianças e de adolescentes e mesmo o situações denominadas de *truck sistem*, que no sentido de sujeitar o trabalhador a adquirir produtos do próprio empregador, pelo qual o trabalhador situava-se em uma forma de dívida perpetua, que não se fazia satisfeita pelos rendimentos salariais, contexto que deu origem à *questão social*.⁹⁴

Ainda que se possa verificar medidas legislativas com a finalidade de tutelar certas categorias específicas de trabalhadores como crianças, adolescentes e mulheres,⁹⁵ é somente a partir do desenvolvimento da *questão social* que se tem entendido pela grande maioria dos autores de direito do trabalho, como o impulso inicial pelo qual se viu a necessidade de posterior criação de um ramo do direito específico sobre a tutela da relação de trabalho subordinado.^{96 97}

⁹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho Parte I – Dogmática geral 4ª edição*. Coimbra: Almedina. 2015. Página 46. Respectivamente o *Código de Napoleão* se limita a impedir que os vínculos de prestação de serviço sejam perpétuos, o Código Civil Italiano de 1865 refere à prestação de trabalho subordinado como modalidade de locação de obra e mesmo o *BGB*, ainda que elaborado sob uma perspectiva dogmática mais desenvolvida, opta por vincular o contrato de trabalho ao contrato de serviço.

⁹⁴ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho 8ª edição*. Almedina: Coimbra. 2017. Página 72.

⁹⁵ PINHEIRO, Paulo Souza. *O direito do trabalho ao longo da história. Separata, Revista de ciências empresariais e jurídicas n.º 8*. Porto. 2006. Página 283. Refere que a Inglaterra foi a primeira a publicar leis sobre a proteção da atividade laboral, sendo regulado a atividade de crianças e adolescentes na indústria têxtil em 1819, seguida pela Prússia em 1839 e França em 1841. No mesmo sentido a Inglaterra dispôs sobre a proteção do trabalho das mulheres na indústria em 1844.

⁹⁶ HUECK, Alfred. NIPPERDEY, Hans Carl. *Compendio de derecho del trabajo, Tradução por Miguel Rodríguez Piñero*. Madri: Revista de Derecho Privado. 1963. Página 27. O autor refere sobre o surgimento do direito do trabalho no sistema jurídico Alemão desde a revolução industrial ao referir que “*una regulación jurídica del trabajo humano há existido en los derechos mas antiguos que se conocen. En consecuencia, algunas instituciones de Derecho del trabajo, como p. ej. El contrato de trabajo, conocen una larga evolución jurídica (...) pero en cambio, solamente a partir de la moderna evolución industrial existe el Derecho del trabajo como disciplina especial. La historia del mismo se limita, por tanto, a los siglos XIX y XX*”.

⁹⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina. 1997. Páginas 36 – 39. Aparentemente é apresentado sentido contrário a este marco histórico, ao referir que o surgimento

No termino do século XIX e início do século XX a *questão social* desencadeou um profundo debate político e ideológico, tendo como consequência uma crescente intervenção do Estado na relação de trabalho, bem como na criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919, instituição supranacional destinada na promoção de soluções de problemas laborais conjunturais, sob o fundamento de que o desrespeito aos direitos laborais de um Estado influencia na degradação das condições de trabalho dos demais. A latente necessidade de se tutelar às relações laborais face as incríveis condições a que a classe assalariada foi posta, principalmente em razão da dependência econômica dos trabalhadores, fez com que surgisse um ramo jurídico com disposições manifestamente protetivas, orientado sobre tudo pelo princípio da proteção do trabalhador.⁹⁸ Este modelo deu origem por um lado ao estabelecimento de uma progressiva proteção aos trabalhadores subordinados em matéria de saúde, segurança e limitação do tempo de trabalho e por outro lado uma progressiva extensão destes direitos à generalidade de grupos de trabalhadores, como os trabalhadores operários de indústrias, rurais, urbanos etc.⁹⁹

Já no Século XX desenvolveu-se também um processo de constitucionalização de determinados direitos sociais, tal como ocorreu na Constituição Mexicana de 1917 considerada a primeira constituição a suscitar a igualdade salarial bem como a Constituição de Weimar de 1919, que além de tutelar a igualdade salarial também reconheceu outros direitos laborais. Inicia-se com o isso o então denominado processo de *constitucionalização do direito do trabalho*, pelo qual grande parte dos textos constitucionais modernos iriam reconhecer direitos laborais, tanto direitos de matriz liberal de vertente negativa como direitos propriamente sociais de vertente positiva (direitos prestacionais). Este processo de constitucionalização reconheceu importantes direitos fundamentais como a liberdade sindical, o direito de greve, limitações à duração do trabalho e o direito à retribuição.

do direito do trabalho não decorre de uma única origem histórica fundamentalmente sustentada a partir da Revolução Industrial e/ou da *Questão Social*, e sim de pontos esparsos com fundamentos axiológicos diversos, tal como do direito Romano, que foi recepcionada pelo direito de matriz romano-germânica.

⁹⁸ Deve-se ressaltar que o surgimento de normas de proteção ao trabalhador surgiram após intensos conflitos sociais, dando origem aos fenômenos da greve bem como o surgimento de sindicatos, enquanto instrumento de organização social.

⁹⁹ PINHEIRO, Paulo Souza. *O direito do trabalho ao longo da história*. Página 283. A Inglaterra foi a primeira a publicar leis sobre a proteção da atividade laboral, sendo regulado a atividade de crianças e adolescentes na indústria têxtil em 1819, seguida pela Prússia em 1839 e França em 1841. No mesmo sentido a Inglaterra dispôs sobre a proteção do trabalho das mulheres na indústria em 1844

No período compreendido entre o início do século XX, interrompido pela Grande Guerra, até o último quarto de século, instituiu-se na quase generalidade dos estados democráticos de matriz ocidental, essencialmente a partir da inspiração atribuída pelas proclamações internacionais de direitos humanos, o surgimento de intensa regulação protecionista, com fundamento na intensa participação do Estado no crescimento da economia por meio do trabalho e marcado pela limitação da autonomia privada. Este processo de afirmação dos direitos laborais mostrou-se essencial para o desenvolvimento da dogmática do direito do trabalho, com o surgimento de princípios como o *favor laboratoris*, bem como outros princípios derivados da participação coletiva dos trabalhadores ocasionando também um crescente associativismo profissional.

O processo de produção de conteúdo laboral marcado pelo caráter essencialmente protetivo se mostrou eficaz até o último quarto do século passado, pelo qual iniciou-se um fenômeno de revisão jurídica e dogmática dos principais institutos do direito do trabalho com significativas modificações legislativas e um paulatino processo de desregulação legal. Nota-se que por um lado o direito do trabalho reforça o papel da autonomia coletiva dos trabalhadores, sendo reconhecida inclusive em alguns textos constitucionais como direito fundamental por meio da *força vinculante da negociação coletiva*, e por outro flexibiliza uma série de institutos no âmbito da relação individual de trabalho.¹⁰⁰ Afasta-se do modelo em que é atribuído ao Estado intensa tutela para então consolidar o caráter essencialmente patrimonial do contrato de trabalho, não sendo mais questionado se o vínculo da relação laboral decorre de uma obrigação patrimonial de interesses antagônicos, em que o principal dever do empregador consiste em satisfazer, a partir dos parâmetros fundamentais, o salário pelo trabalho desenvolvido.

As referidas modificações nos próprios fundamentos legislativos são determinantes para a verificação de uma mudança de paradigma, ocasionando a denominada *crise do direito do trabalho*, em função da modificação do padrão de tutela do direito laboral ocorrido no último quarto do século passado, em que se passou-se a relativizar o princípio da proteção do trabalhador frente à necessidade do direito do trabalho fomentar a manutenção do desenvolvimento econômico, a criação de novos

¹⁰⁰ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 126

postos de trabalho¹⁰¹ e a própria competitividade dos Estados em um mundo cada dia mais globalizado.¹⁰²

A concepção de salário também é substancialmente modificada, pois historicamente representa o elemento essencial do contrato de trabalho, instituto que mantém o vínculo econômico e patrimonial que justifica a inserção do trabalhador na relação de subordinação.¹⁰³ A partir desta sintética referência sobre o contexto histórico do direito do trabalho buscaremos analisar a sua atual concepção, desde o surgimento da denominada *crise do direito do trabalho* e seus reflexos no âmbito salarial.

2. A crise do direito do trabalho e a autonomia dogmática do ramo jurídico

O modelo de direito do trabalho tradicional tem fundamento na ideia de valorização do trabalhador a partir da tutela do estado, identificando este como mecanismo de promoção de justiça social pela proteção do trabalhador em dois sentido,

¹⁰¹ Como referido, o período compreendido entre o início do século XX até seu último quarto, a generalidade dos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica passou por três diferentes fases, a inicial, com intensa regulamentação e consolidação de normas de caráter protetivo, a fase de intervenção do poder público nos regimes laborais, com advento das ideologias nacionalistas como por exemplo a *Carta del lavoro Italiana* e a AOG (*Arbeitsordnungsgesetz*) Alemã, que inserem o princípio da colaboração interclassista e o princípio da sujeição dos interesses privados ao interesse comum, com uma intensa participação pública nas situações laborais coletivas, com inclusive a sujeição do interesse dos sindicatos ao poder público. A terceira fase de reprivatização da matéria laboral consolida o caráter privado das condições individuais de trabalho, salvo algumas áreas com manifesto interesse público, da autonomização do contrato de trabalho, das situações laborais coletivas com a força vinculante da negociação coletiva e do direito de greve. Este último processo ocorreu na maior parte dos países Europeus, à exceção de Portugal e Espanha, e sob nossa perspectiva também no Brasil, que iniciou de forma tardia no direito laboral da América Latina, em especial no Brasil, que mantém a Consolidação de Leis Trabalhista de 1934 com manifesto caráter publicista, inspirada na legislação italiana, e que as alterações com finalidade de “reprivatização” do direito laboral tem ocorrido de forma pontual e lenta, pelo qual mostra-se inclusive difícil compreender a “vocação” ideológica da legislação.

¹⁰² DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Página 285

¹⁰³ PASSARELLI, Francesco Santoro. *Nozioni di diritto del lavoro 35ª edizione*. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene. 1991. O autor italiano sustenta a necessidade de uma tutela especial do salário em relação a outras obrigações de natureza civil, em função da posição de debilidade jurídica e econômica do trabalhador ao empregador, ao referir que “*la retribuzione è il punto più importante per la disciplina del rapporto de lavoro e, como tale, quello per cui prima ed essenzialmente si è reso necessario e storicamente si è affermato quel caratteristico strumento di composizione del conflitto d'interessi di categoria che è el contrato coletivo. La retribuzione del lavoro subordinato, per la sua natura compensativa di un'attività che, come s'è visto, implica una dedizione della stessa persona obbligata, e al tempo stesso i mezzo normalmente esclusivo di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia, onde, e perciò solo, il dingolo lavoratore è in posizione econômica inferiore a quella del singolo datore, e anzi in comparabile com quella di quest'ultimo, doveva costituire ed há infatti costituito il principale oggetto di una disciplina diversa della disciplina legislativa e dalla disciplina del contrato individuale: da quella, perchè strutturalmente e funzionalmente inidônea a regolare situazioni particolari e contingenti; da questa, per la rilevata necessità di sottrarre la retribuzione all'arbitrio individuale*”.

o vertical pela necessidade de uma intensa proteção imperativa ao trabalhador enquanto sujeito vulnerável do contrato de trabalho nos seus diferentes domínios, inserindo neste prisma a proteção do salário, e pelo sentido horizontal que se consubstancia no alargamento da proteção estatal ao maior número de trabalhadores, categorias e grupos. A partir do final do século XX, por diversos fatores, passou-se a questionar o modelo tradicional tanto de Estado Social como um todo, como também do modelo laboral vigente, com fundamento na ideia de que estes seriam um obstáculo para a competição dos Estados nos mercados económicos internacionais, em que passou-se a impor limites as referidas tendências expansivas do direito do trabalho.¹⁰⁴

A partir do final do século XX é dado início ao processo de questionamento sobre a relação entre o alto nível de tutela dos trabalhadores, e nisto inclui-se a rigidez da legislação laboral e o alto custo de contratação, manutenção e cessação do contrato de trabalho, com o aumento dos níveis de desocupação, sobre tudo nos países desenvolvidos.¹⁰⁵ Observa-se também o surgimento de fenómenos sociais novos¹⁰⁶ acompanhados das modificações ocorridas nos meios de produção como com o declínio da classe operária uniforme, a ascensão de outros setores de atividade como o de serviço e os profissionais autónomos, a segmentação e alteração da organização interna das empresas que passaram a ser mais maleável e estruturadas em níveis de hierarquia menos rígidos, somando-se a noção de produção globalizada, fatores que influenciaram para a modificação substancial no modelo de produção legislativa até então marcada pelo forte cunho de proteção ao trabalhador.¹⁰⁷

A crise do modelo tradicional é desenvolvida para além do processo de produção legislativa, atuando também no próprio âmbito dogmático do direito do trabalho. A crise do modelo tradicional é posta no âmbito doutrinal ao questionar a

¹⁰⁴ MELGAR, Alfredo Montoya. *Tendencias actuales del derecho del trabajo en España*, In: *Tendencias actuales del derecho del trabajo, Perspectiva Ibero Americana*. Murcia: Universidade de Murcia. 1990. Página 120.

¹⁰⁵ XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho*. Página 55

¹⁰⁶ Entre os fenómenos sociais estão relevantes para modificação do direito laboral está a modificação do perfil dos trabalhadores, com o ingresso na vida profissional de *trabalhadores atípicos* que possuem interesses distintos e por vezes conflitantes, modificando a uniformidade do perfil dos trabalhadores. No mesmo sentido ocorre a alteração do perfil empresarial, de grandes empresas que atuam em diversos segmentos ocorre um processo de especificação de atividade, surgindo também modelos empresariais voltados ao sistema tecnológico até então não existente.

¹⁰⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho Parte I – Dogmática geral*. Página 64.

convicção da *autonomia dogmática do direito do trabalho*¹⁰⁸ sob o fundamento de que o direito laboral não mais representaria as concepções *comunitário* e *pessoal* com e mesma intensidade que o afastaram do direito comum (direito civil), e que por outro lado, devido a referida tendência de flexibilização do sistema jurídico, o princípio da proteção do trabalhador não atuaria mais como único elemento de informação legislativa, pelo qual o ramo jurídico teria perdido seu fundamento basilar, devendo reintegrar-se ao direito civil na denominada *(re)civilização do direito do trabalho*.¹⁰⁹

O caráter *comunitário* da relação laboral que era utilizando para justificar uma série de deveres derivados do contrato de trabalho é refutada, pois em verdade a evolução do direito do trabalho mostra que os interesses dos trabalhadores e dos empregadores são na grande maioria das situações conflitantes, sendo que os conflitos situam-se fundamentalmente em torno da tensão existente entre redução dos custos derivados do trabalho e a melhoria de salários. Por outro lado a *pessoalidade*, ainda que continue sendo um elemento essencial do contrato de trabalho, mostra-se como um elemento menos intenso em função da modificação da estrutura e do surgimento de novas formas de contratos de trabalho (atípicos), em que muitas vezes o empregador e o trabalhador nunca chegam a se conhecer, aproximando a relação de trabalho à prestação de serviço.¹¹⁰

Em sentido amplo, os críticos da autonomia dogmática laboral sustentam que a situação jurídica laboral não indica uma dogmática própria e sim comunga da vasta dogmática privada, também porque, com o desenvolvimento de institutos do direito civil

¹⁰⁸ A questão da autonomia dogmática de uma área jurídica é posta pois esta possui um alcance decisivo na valoração e compreensão dos princípios do ramo jurídico em questão, na interpretação e aplicação do direito e inclusive na própria produção normativa, enquanto fundamento de inspiração ao legislador. Em função desta importância na valoração dos princípios é que se faz necessário desenvolver a autonomia dogmática do direito do trabalho perante o direito civil para que posteriormente possamos desenvolver o princípio da proteção do trabalhador enquanto princípio jurídico de máxima importância no sistema jurídico laboral. Dada à complexidade e controversa do tema, limitaremos à expor de forma sucinta os fundamentos arguidos em defesa e contra a autonomia dogmática do direito do trabalho perante o direito civil. Ressalta-se que são distinguidos níveis de autonomia dos subsistemas que se individualizam no interior do sistema jurídico pelas suas especificidades de organização interna e pelo grau de originalidade dos institutos e das soluções que se desenvolvem nestes subsistemas. Tendo atenção a estes fatores são classificados dois níveis de autonomia de um determinado subsistema jurídico, a autonomia sistemática ou seja, quando uma área jurídica é ordenada internamente com clareza e segundo critérios lógicos e conceitos operativos, pelo qual normalmente é associada a autonomia sistemática a codificação geral de suas normas, o reconhecimento da autonomia jurisdicional ou mesmo o reconhecimento da autonomia pedagógica por via de uma disciplina jurídica específica, e a autonomia dogmática, que consiste quando são reconhecidos princípios ou valores materiais específicos na área jurídica não aplicáveis aos demais ramos jurídicos.

¹⁰⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho Parte I – Dogmática geral*. Página 467

¹¹⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Página 95. Em relação a *pessoalidade*, o autor refere que o direito do trabalho versa hoje situações massificadas, onde todas as pessoas são substituíveis em que domina o anonimato em escala ainda maior do que se verifica no direito comum.

capazes que compreender o fator humanístico e protetor do direito do trabalho enquanto ramo jurídico onde foi desenvolvido a tutela do contraente mais débil, não mais se identificariam as especificidades que o afastaram de sua gênese civilista.¹¹¹

Em oposição ao posicionamento supra referido é sustentado que a discussão em torno do problema da autonomia dogmática do direito do trabalho analisa somente um de seus fenômenos, estritamente em relação à dimensão individual. A crise principiológica do direito do trabalho é limitada ao princípio da proteção do trabalhador, que atua desde o surgimento do direito do trabalho enquanto princípio reitor da matéria, tendo a função de compensar a posição de subordinação jurídica e econômica do trabalhador. Ainda que o caráter comunitário e pessoal tenham sido fundamentos para o desenvolvimento da dogmática do direito do trabalho, e que tenha ocorrido uma modificação substancial em sua reestrutura, pelo qual a vertente patrimonial tem se mostrado mais evidente, o conjunto de elementos que orbitam ao redor da relação laboral não se limita ao caráter patrimonial do contrato de trabalho, pois há um universo de fatores que transcendem este recorte puramente obrigacional denominado de *zona laboral*, que evidencia a posição desnivelada do trabalhador e ressalta fatores de colaboração das partes na partilha de interesses comuns, no reconhecimento e na tutela de interesses coletivos que caracterizam a *relação de emprego* contemporânea.¹¹²

Deve-se reconhecer que a pertinência do tema mereceria uma análise muito mais profunda sobre a tão atual *crise do direito do trabalho* em seus diferentes aspectos, contudo, em função da objetividade deste estudo e tendo como fundamento o panorama supra desenvolvido sustentamos que mesmo o contrato de trabalho possuindo conteúdo e interesses essencialmente patrimoniais, o direito do trabalho possui autonomia dogmática, sendo regido por princípios próprios, princípios gerais do direito e subsidiariamente por princípios específicos do direito civil. Mesmo a concepção patrimonial do contrato de trabalho, que é desenvolvida sobre tudo a partir da obrigação

¹¹¹ Neste sentido, chegam a esta conclusão no direito Português Menezes Cordeiro. *Manual de direito do trabalho*. Página 95 e Romano Martinez. *Direito do trabalho*. Página 34

¹¹² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Páginas 781 – 797. É referido que o vínculo laboral decorre da sujeição do trabalhador *ao desenvolvimento de sua atividade intelectual ou manual e em prossecução dos interesses de gestão do empregador, a cumprir outros deveres atinentes à organização e, dentro de certos limites, a suportar a modificação do acordo negocial pela outra parte, enquanto o empregador se obriga, ao lado do dever de pagar o trabalho prestado e em prossecução dos interesses pessoais e familiares do trabalhador, incluindo sua estabilidade econômica e profissional, a “remunerar” o trabalhador em situações de não prestação do trabalho, a observar deveres não patrimoniais e até sacrificar o cumprimento pontual do contrato àqueles interesses do trabalhador.*

salarial, são identificados elementos e características aparentemente incompatíveis com os princípios gerais do direito civil, como a própria noção de suficiência e igualdade salarial ou mesmo uma série de garantias que vão além do espectro obrigacional.

Na relação laboral é verificado a existência de posições sociais, jurídicas e econômicas tendencialmente desiguais, de interesses e poderes característicos da subordinação jurídica, de singularidades relacionadas à negociação coletiva e de elementos coletivos que caracterizam a definição de categorias de trabalhadores.¹¹³ Em razão das referidas singularidades e de outras perceptíveis da análise do ramo jurídico-laboral é que sustentamos sua autonomia dogmática e consequentemente por isso a existência de princípios próprios, concepção que será adotada a partir de então.

Para além da crise axiológica, os processos de desregulação e flexibilização tiveram sua origem nos sistemas jurídicos europeus, com maior resistência em alguns modelos, e expandiram-se para outros regimes jurídicos, mostrando-se como um elemento real e inspirando diferentes transformações em institutos tradicionais do direito do trabalho. O alcance do processo de flexibilização desenvolvido nos diversos institutos laborais também exige uma evolução da dogmática do direito do trabalho com a finalidade de adaptar-se a um novo contexto econômico. Observa uma tendência legislativa de por um lado serem criados *vínculos laborais atípicos*, ou seja, vínculos laborais que não se enquadram no contrato de trabalho por tempo indeterminado, com jornada de trabalho a tempo completo mediante um rígido processo de subordinação jurídica. Surgem assim os modelos de contrato de trabalho a termo, a tempo parcial, temporário, partilhado, intermitente bem como o teletrabalho.¹¹⁴ Os contratos atípicos põe em causa a uniformização dos contratos de trabalho, derivada do perfil padronizado de trabalhadores, pelo qual o novo perfil de trabalhadores não possuem interesses globalmente semelhantes.¹¹⁵

Outra tendência dos atuais modelos laborais decorre da denominada *flexibilização interna*, que modifica o conceito dos institutos jurídicos tradicionais com a finalidade de adequação das normas às necessidades de maleabilidade do sistema jurídico. São exemplos de flexibilização interna a modificação dos conceitos de função e atividade

¹¹³ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Página 317 – 318

¹¹⁴ GOMES, Júlio Vieira. *Direito do trabalho, Volume I*. Página 104.

¹¹⁵ ROCCELLA, Massimo. *Manuale di diritto del lavoro, 4ª edizione*. Torino: Giappichelli Editore. 2010. Página 70 – 75. O autor refere que o surgimento de diferentes figuras de trabalho subordinado vem modificando substancialmente o modelo laboral tradicional.

laboral pelo qual passam a ser compreendidos de forma menos restritiva aumentando os poderes do empregador, bem como a ideia de local, tempo, retribuição e cessação de trabalho.¹¹⁶

A questão salarial é posta em evidência a partir dos anos oitenta em que ocorre uma proliferação de “*títulos*” com a finalidade de atribuir vantagens econômicas aos trabalhadores e que não se enquadram no conceito tradicional de salário. As novas formas salariais fundamentam-se em diversas razões, desde as que se relacionam com a própria produção até as que derivam dos lucros da entidade empregadora. Nota-se também a existência de falsos enquadramentos salariais com objetivo de contornar contribuições fiscais e sociais ou mesmo com a finalidade de fugir de regulações em matéria de política de salário (entende-se aqui salários por contraprestação ao trabalho em sentido amplo). Estes efeitos¹¹⁷ condicionaram a modificação do próprio conceito de salário no direito do trabalho, a partir da criação dos institutos da *remuneração* e da *retribuição*, em que a primeira corresponderia ao conceito amplo de contraprestações enquanto a segunda ao conceito restrito, decorrente direta do sinalagma jurídico trabalho/salário. Passou-se a existir na vigência do contrato de trabalho atribuições patrimoniais que por um lado suscitariam dúvida quanto ao seu enquadramento salarial, pois decorrente da relação de trabalho, mas que por outro lado não faria sentido aplicar o modelo de proteção ao salário clássico, exigindo uma adaptação do direito do trabalho nestes aspectos.¹¹⁸

Sobre tudo a modificação do modelo laboral impõe a diminuição da ingerência do estado a partir normas imperativas e consequentemente aumenta âmbito de liberdade dos sujeitos laborais propiciando um maior campo de atuação para a negociação coletiva e em algumas situações para o próprio contrato de trabalho.¹¹⁹

¹¹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho 3ª edição*. Coimbra: Almedina. 2012. Página 30

¹¹⁷ Em sentido genérico por exemplo às figuras dos subsídios, abonos, compensações, indenizações, prêmios, complementos sociais, participações nos lucros etc.

¹¹⁸ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho 18ª edição*. Coimbra: Almedina. 2017. Página 344

¹¹⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho Parte I – Dogmática geral*. Páginas 77 - 81

3. Os princípios do direito do trabalho

Em decorrência do enquadramento da atual perspectiva do subsistema jurídico-laboral enquanto ramo autônomo do direito privado que contempla um conjunto de *princípios* e *regras* com a finalidade de reger as relações de trabalho¹²⁰ subordinado.¹²¹ É sobre o contrato de trabalho subordinado, característico da contemporaneidade, regido pela desigualdade fática e jurídica que os princípios do direito do trabalho irão incidir. A designação sobre os princípios do direito do trabalho recebe uma maior importância quando da instabilidade jurídica, porque mantém a unidade, sentido e coerência ao sistema jurídico em tempos em que o processo de modificação legislativa mostra-se cada vez mais acelerado.¹²²

A subordinação jurídica corresponde ao ponto axial da relação laboral, pois nela são desenvolvidas as características elementares do contrato de trabalho, o poder de direção e disciplinar do empregador e o fundamento para que as normas sejam regidas por um princípio unificador do subsistema jurídico, o *princípio da proteção do trabalhador*.¹²³ O princípio da proteção do trabalhador surge junto ao direito do trabalho decorrente da *questão social*, resultado do processo de industrialização da produção em decorrência da necessidade de tutelar a livre disposição do trabalho subordinado enquanto sujeito débil da relação, com o fim de evitar o aviltamento degradante aos trabalhadores e à própria sociedade.¹²⁴ É afirmado por unanimidade da doutrina que o direito do trabalho surge a partir do princípio da proteção do trabalhador, com o caráter finalístico de proteção do trabalhador enquanto sujeito da relação laboral vulnerável.¹²⁵ É incontornável negar que os efeitos da supra referida *crise do direito do trabalho* alteraram os axiomas materiais do ramo jurídico, modificando ou mesmo substituindo os princípios que regem

¹²⁰ Sobre as diferentes caracterizações da expressão trabalho vide: VEIGA, António Jorge Martins da Motta. *Lições de direito do trabalho 8ª edição*. Lisboa: Universidade Lusíada. 2000. Páginas 14 – 15. Ao referir que a expressão trabalho pode gerar imprecisão interpretativa, pois pode significar qualquer atividade ou esforço humano, uma relação de emprego ou mesmo o resultado de uma atividade. Neste sentido a importância de se delimitar o conteúdo da expressão, pelo qual o ramo jurídico do direito do trabalho busca regular o trabalho enquanto atividade humana produtiva, realizada em benefício de outro de forma livre e subordinada. Com isso afasta-se do conceito de trabalho subordinado às atividades que não sejam realizadas por humanos, atividades recreativas ou voluntárias em que não haja uma finalidade econômica, ou ainda uma atividade livre, em que não haja subordinação jurídica.

¹²¹ OLEA, Manuel Alonso. BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del trabajo*, 20º edicion. Madri: Civitas. 2001 Página 23

¹²² RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr. 1997. Página 20

¹²³ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Página 201

¹²⁴ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho 2ª edição*. Coimbra: Almedina. 2018. Página 22

¹²⁵ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Página 216

à matéria. Para tanto são desenvolvidas soluções com a finalidade de adaptar o regime laboral tradicional as modificações sociais e jurídicas que veem ocorrendo, pelo qual destacamos de forma genérica três possíveis soluções dogmáticas suscitadas.

A primeira solução corresponde ao retorno do direito do trabalho ao ramo jurídico civilístico do qual se “*emancipou*” passando a ser orientado pelos princípios gerais do direito civil em função deste também estar se adaptando às modificações sociais, respectivamente quanto à ideia de “*contraente débil*” comumente tutelando por exemplo o direito do consumidor.¹²⁶ Outra solução propõe a alteração do princípio da proteção do trabalhador, enquanto princípio reitor do subsistema jurídico, por princípios que se mostrem compatíveis às modificações jurídicas e sociais exigidas em nosso tempo, respectivamente relacionadas ao aumento da competitividade econômica dos meios de produção pela adaptação da legislação aos interesses de gestão do empregador.¹²⁷

Uma terceira solução sustenta que o princípio da proteção do trabalhador não perdeu de fato sua função “*dirigente*” da disciplina, mesmo com as modificações jurídicas que diminuem o âmbito de proteção dos trabalhadores, permitindo-se também a defesa de interesse de mercado, uma vez que o *dever ser* do direito laboral continua o de proteção do trabalhador. Este entendimento parte da concepção de que a atuação do princípio, em função da própria natureza dos princípios, tende a ser dinâmica pelo qual ora se expande garantindo maior proteção aos trabalhadores e ora se comprimi atendendo às exigências e influxos derivados do dever social, da situação econômica e dos índices de empregabilidade conjuntural do Estado.¹²⁸

A compreensão do caráter mutável dos princípios é fundamental para entender a forma com que os princípios atuam no sistema jurídico, sendo que o princípio da proteção do trabalhador não deixou de orientar os ditames da relação de trabalho pois as alterações jurídicas com finalidade de incremento da economia e salvaguarda dos interesses de gestão, em última análise, também visam a proteção dos interesses do trabalhador, ainda que de forma indireta e coletivo, transcendendo o interesse individual

¹²⁶ Neste sentido: Menezes Cordeiro. *Manual de direito do trabalho*. Página 95 e Romano Martinez. *Direito do trabalho*. Página 34

¹²⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Páginas 815 – 820. É desenvolvido o entendimento de que o princípio da proteção do trabalhador teria sido absorvido pelo “*princípio da compensação da posição debitória complexa das partes no contrato de trabalho*” no qual também integraria o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão com a finalidade de adequar a dogmática jurídicas ao novo padrão laboral.

¹²⁸ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Página 218 – 219

com fundamento na manutenção ou aumento de postos de trabalho, pois a tutela do direito do trabalho também se dá à nível coletivo (sociais).¹²⁹

A superação da *crise do direito do trabalho* ocorre pela via dogmática com a afirmação, determinação e delimitação dos princípios jurídicos-laborais. A partir desta concepção se busca desenvolver o *princípio da proteção do salário*, enquanto corolário do princípio da proteção do trabalhador, capaz de proporcionar soluções concretas na interpretação do sistema jurídico em constante colisão. O princípio, por ser princípio, atua em harmonia com outros princípios derivados da autonomia contratual como o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, que no essencial visa garantir a tutela da liberdade de gestão empresarial e a competitividade e sustentabilidade da unidade produtiva.¹³⁰

4. Enquadramento dos princípios laborais com natureza salarial

O conceito de princípio é determinante para a dogmática do direito do trabalho, pois é norma de maior abstração do que as regras, e como já referido supra, serve para inspirar, entender e para suprir um conjunto amplo de regras, atuando na manutenção da unidade, harmonização e lógica de todo o subsistema jurídico trabalhista.¹³¹ No direito do trabalho o desenvolvimento dos princípios assume um sentido ainda maior, pois constitui o alicerce da disciplina que orienta as constantes variações legislativas, sem que o direito do trabalho em si perca seu sentido.¹³² Tendo como fundamento o desenvolvimento histórico e a estruturação do direito do trabalho no Estado Social de Direito pelo princípio de proteção do trabalhador que orienta a moderna concepção de direito do trabalho e a constatação de que o salário exerce desde o surgimento do direito do trabalho uma função primordial na relação jurídica, se buscará analisar mais de perto o instituto a partir de seus principais institutos.

A expressão salário, do ponto de vista etimológico, tem origem no termo em latim *salarium*, um derivado do *salis* (sal), elemento utilizado pelos romanos como moeda de pagamento aos soldados e aos domésticos. O direito do trabalho se apropriou do termo

¹²⁹ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Página 220

¹³⁰ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Página 418

¹³¹ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Página 412

¹³² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los principios de lo derecho del trabajo*. São Paulo: LTr. 1997. Página 14

com intuito de se referir à contraprestação atribuída ao trabalhador subordinado pela realização de seu trabalho, e que também da origem à expressão *assalariado*.¹³³

Desde logo considera-se que o salário possui diferentes sentidos, na perspectiva da política econômica o salário tem reflexos no preço do custo de produção, no nível de inflação, no regime fiscal e na capacidade de consumo da população, já no contrato de trabalho o salário é visto enquanto sinalagma jurídico da relação laboral correspondendo ao dever primordial do empregador, para o empregador o salário representa parte do custo da produção e para o trabalhador o salário é visto como rendimento que garante seu meio de sua subsistência.¹³⁴ Em um sentido mais amplo e abstrato, do ponto de vista dogmático o salário representa o elemento patrimonial do vínculo labora, objetivo pelo qual os sujeitos buscam configurar a relação.¹³⁵

As diferentes concepções sobre o salário demonstram os intrínsecos interesses conflitantes envolvendo os agentes políticos e econômicos, e por isso a relevante necessidade da regulação salarial, no sentido de harmonizar este conflito insuperável de interesses. A regulação do salário surge justamente com a finalidade de regular condições salariais adequadas no nível nacional e internacional. Os *princípios salariais* decorrem de normas, em sentido geral, verificados na grande maioria dos sistemas jurídicos. Sobre tudo, entende-se sem dúvidas que o regime jurídico do salário deve ser fundamentalmente enformado pelo seu caráter protetivo (em comparação à tutela de outras obrigações) pois afirmou João Paulo II “*a remuneração do trabalho é o meio concreto pelo qual a maioria dos homens acede aos bens do mundo*”.¹³⁶

Os referidos princípios verificam-se como uma série de referências, conceitos e concepções e enquanto um conjunto de normas com a finalidade de atribuir ao salário uma proteção jurídica concreta. Esta primeira aproximação à matéria salarial será

¹³³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho, 11ª edição atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar*. São Paulo: LTr. 2017. Página 490

¹³⁴ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 231

¹³⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais, 6ª edição*. Coimbra: Almedina. 2016. Página 506. O salário está ligado a um nexo de reciprocidade da prestação de trabalho, como referido pelo brocado germânico “*kein arbeit, kein lohn*” (sem trabalho não há salário). Observa-se que tal ideia sofre importantes desvios por parte da lei e da negociação coletiva, devendo-se referir que o empregador assume outros deveres em relação ao trabalhador, denominados de *deveres acessórios*. Os deveres acessórios decorrem do fato de que na relação laboral o *débito remuneratório* do empregador é amplo, não se limitando a uma simples relação de contrapartida do trabalho prestado, identificando-se também deveres de natureza predominantemente pessoal.

¹³⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXVIII – 1986 (I da 2ª Série)*. Coimbra: Almedina. 1986. Página 70

realizada de forma abstrata, isso é, buscaremos expor os fundamentos dos princípios salariais em geral, desenvolvendo os contornos e contextos que os princípios surgiram.

4.1. O princípio da suficiência salarial

O princípio da *suficiência salarial* surge como princípio corolário do princípio da *dignidade humana* por meio do qual determina que seja estipulado uma quantia ao trabalho realizado sem a qual o trabalhador não poderia manter condição mínima de vida, capaz de atender às necessidades elementares do trabalhador enquanto ser humano e atuando como limite a tensão existente entre a oferta e demanda de trabalho, pela qual em situações de maior oferta de trabalho impede-se que haja a redução do salário à níveis degradantes.¹³⁷

A necessidade de se estipular valores salariais mínimos ou mesmo compatíveis com a atividade desenvolvida pelo trabalhador a partir de certos fatores como a produtividade do trabalho realizado ou mesmo as possibilidades do empregador é questão que permeia a própria origem do direito laboral. Nota-se que a consagração do valor da dignidade humana impede que o contrato de trabalho seja tutelado como a mercadoria, pois não é possível que o trabalhador subordinado desassocie a “*força de trabalho*” por ele gerada de sua própria integridade, pelo qual na generalidade dos Estados em que a dignidade humana é reconhecida são consagradas normas que regulamentem a estipulação de salários.¹³⁸

O princípio da suficiência salarial é tutelado já na Constituição Italiana de 1947 pelo Artigo 36 ao referir que “*Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*” ainda que compreendida pela doutrina e pela jurisprudência dominante enquanto norma de direito fundamental social programática, ou seja, sem concretização e eficácia direta ao trabalhador, impõe ao legislador e ao sistema jurídico a atribuição de concretizar a imperatividade constitucional do princípio geral da ordem econômica de suficiência salarial proporcional à qualidade e quantidade do trabalho realizado.¹³⁹

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. *Salário mínimo nacional e complementos regionais, parecer. Separata da Revista O direito*, 131º III – IV. 1999. Página 598

¹³⁸ VEIGA, António Jorge da Motta. *A regulamentação do salário*. Porto: Imprensa Portuguesa. 1944 Página 80

¹³⁹ MAZZONI, Giuliano. *Manuale di diritto del lavoro, volume primo*. Página 148

4.2. O princípio da igualdade salarial

O princípio da igualdade suscita efeitos para todas as áreas do sistema jurídico enquanto um princípio geral do direito mais significativo. Para evitar tautologia, uma vez que já apresentou-se supra as concepções de igualdade em sentido amplo e sua aplicação no direito do trabalho através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, limita-se a referir a noção do princípio da igualdade no âmbito da obrigação salarial, consubstanciando o princípio da igualdade salarial.

A aplicação do princípio da igualdade salarial não exige que o empregador iguale todo e qualquer forma de salário, pelo contrário, requer que seja atribuído salário compatível com a atividade desenvolvida, a ser estipulado mediante determinados critérios, com a finalidade de impedir discriminação. O princípio da igualdade impede que o empregador realize distinção de salário aos trabalhadores que realizem o mesmo trabalho tendo como fundamento critérios subjetivos ou injustificáveis.

Na generalidade dos regimes jurídicos, a partir do princípio da igualdade salarial, tem se expandido a noção de igualdade no direito do trabalho sendo considerado discriminatória a distinções salarial direta e indireta que tenha como fundamento o critério de sexo, raça, religião entre outros que tem ganho relevância na sociedade.

4.3. Garantias salariais e os princípio da irredutibilidade e intangibilidade de salários

O princípio da proteção do trabalhador e a noção de direito fundamental ao salário determina que sejam criadas certas limitações à noção de livre disposição e estipulação do salário no contrato de trabalho. Surgem assim as garantias e os princípios da irredutibilidade e intangibilidade dos salários.

O princípio da irredutibilidade salarial manifesta-se como um limite à noção de livre disposição contratual enquanto princípio corolário do princípio de proteção do trabalhador, da concepção de inalterabilidade contratual lesiva ou em um sentido ainda mais amplo da noção de estrito cumprimento do contrato em face do princípio geral da *pacta sunt servanda*, ao dispor sobre a impossibilidade do empregador de forma arbitrária, reduzir a quantia destinada ao salário do empregado.

Dentre os princípios com caráter remuneratório suscitados o princípio da irredutibilidade de salários é o que apresenta maior relatividade, pois como será exposto ao analisar os sistemas jurídicos em específico, o princípio da irredutibilidade atua em

dois planos distintos, um primeiro plano decorrente da impossibilidade de alteração unilateral lesiva do contrato individual de trabalho em sentido amplo ou da irredutibilidade salarial e outro plano autoriza que sejam realizadas restrições salariais desde que condicionadas à fatores de qualitativos que imponham a restrição, que é desenvolvida essencialmente no plano coletivo.¹⁴⁰ A doutrina tem constatado a necessidade de adequar a visão tradicional do princípio da irredutibilidade salarial às novas formas retributivas, o que tem limitado sua atuação ao “salário base” (retribuição) e não sob todo o conjunto salarial atribuído ao trabalhador de forma direta ou indireta.

O princípio da intangibilidade salarial se confunde por vezes com as garantias salariais, que também decorrem do princípio da proteção do trabalhador. O princípio corresponde a um conjunto de mecanismos jurídicos atribuídos ao salário que visam efetivar seu cumprimento, enquanto rendimento de subsistência ao trabalhador. Decorre essencialmente deste princípio as normas que impedem que o salário (compreendido enquanto crédito laboral presumido) possa ser cedido ou penhorável de forma total ou parcial, a regulação sobre a possibilidade do empregador realizar descontos, o regime de prescrição distinto do regime comum, regras relacionadas ao cumprimento do salário, entre outras situações jurídicas concretas a depender do sistema jurídico que tenham a finalidade de tutelar o cumprimento ou satisfação da obrigação salarial.¹⁴¹ Ainda que não seja objeto do presente estudo, alguns sistemas jurídicos estendem a tutela do salário ao âmbito penal, tutelando como crime a sua retenção dolosa.¹⁴²

A noção de tutela enquanto garantia salarial é atribuída ao crédito salarial e diz respeito ao conjunto de normas com a função de satisfazer de determinado crédito oriundo da relação laboral, impedindo sua “deterioração”. Tendo como fundamento a supra referida importância do salário na renda de boa parte da população e a constatação, por diferentes fatores, que o trabalhador situa-se em situação de vulnerabilidade na execução de créditos laborais devidos pelo empregador, os regimes jurídicos

¹⁴⁰ ANGIELLO, Luigi. *Il Codice civile commentario: Art. 2099 - 2102, la retribuzione 2ª edizione*. Milão: Giuffrè. 2003. Página 81. A concepção de irredutibilidade de rendimentos é tutelada no direito do trabalho italiano de forma relativa, pelo qual o Artigo 2103 do *Codice Civile* dispõe sobre a hipótese de modificação da categoria do trabalhador, pelo qual deve ser conservado o valor da retribuição da categoria original, salvo os valores relacionados ao desempenho da prestação do trabalho anterior ao referir que “*il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa*”.

¹⁴¹ AMADO, João Leal. *A proteção do salário*. Página 80 – 83

¹⁴² Sobre a tutela do salário no âmbito do direito penal: AMADO, João Leal. *A proteção do salário*. Páginas 238 – 248

estabeleceram uma série de mecanismos, gerais e específicos, para o cumprimento do crédito laboral.

O crédito dos trabalhadores no caso de situação de insolvência do empregador é fatalmente posto em risco por diferentes razões, pois ocorre na generalidade dos contratos de trabalho a pós-remuneração, pela própria noção de vulnerabilidade jurídica e econômica e social do trabalhador na relação de trabalho que impede que o trabalhador venha a se socorrer de outras garantias como ocorre nas relações comerciais e que também faz com que o trabalhador mantenha a relação de trabalho mesmo com créditos salariais em atraso. Estes fatores situam o o trabalhador em condição vulnerável na “negociação” dos créditos salariais, e por isto mostra-se pertinente a criação de mecanismos de tutela, atribuída ao crédito salarial, na limitações à livre disposição do salário e na criação de preferências sobre outros créditos do empregador no caso de inadimplemento ou insolvência. Outro instrumento jurídico de efetividade ao cumprimento da dívida salarial decorre do “alargamento” da amplitude dos credores, possibilitando reivindicar o cumprimento do crédito laboral para além do próprio empregador, incluindo em alguns casos os sócios, administradores ou mesmo empresas coligadas.¹⁴³

5. A proteção do salário no direito internacional

A origem da internacionalização do direito do trabalho é imprecisa, pois mesmo antes da criação de instituições específicas destinadas a sua regulação já é possível observar acordos bilaterais entre Estados no sentido de dispor sobre as condições laborais, destinados à manter a competitividade do setor produtivo nacional sem submeter os trabalhadores à condições precárias, o que fundamenta a concepção de que o salário é caracterizado por elementos e interesses de direito público e direito privado. Ainda que se possa questionar a efetiva normatividade das regulações internacionais gerais e específicas¹⁴⁴, pois dependem da ratificação e reconhecimento pelos Estados, a origem da

¹⁴³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Grupos empresariais e societários, Incidências laborais*. Coimbra: Almedina. 2008. Página 646

¹⁴⁴ Pondere-se que tradicionalmente no âmbito internacional as organizações gozam de personalidade limitada ou funcional, diferente dos Estados que gozam de personalidade plena. Porém, com o desenvolvimento de entidades supranacionais amplamente reconhecidas e estruturadas tal como às Nações Unidas e a Organização Internacional de Trabalho lhes é atribuído pela comunidade internacional dos Estados personalidade jurídica autônoma devendo ser reconhecida ao menos capacidade relativa para prossecução de seus fins.

internacionalização do direito do trabalho ocorre com a criação da Organização Internacional do Trabalho, enquanto instituição organizada, estruturada e com capacidade de produção normativa. Neste sentido, é comumente determinado o marco da criação do *Tratado de Versalhes* assinado em 1919, configurando-se como fonte institucional básica do direito internacional do trabalho, pois cria a Organização Internacional do Trabalho.¹⁴⁵

A *Encíclica Novarum Rerum*¹⁴⁶ precedeu o *Tratado de Versalhes* e é considerada ato decisivo para a criação da OIT, pelo qual deve ser destacado como importante documento internacional que influenciou diretamente o surgimento da instituição. A Encíclica Papal desenvolvida pelo Papa Leão XIII em 1891 censura as precárias condições de trabalho vivida pelos operários após a Revolução Industrial. Em síntese, a encíclica se sensibiliza com às péssimas condições sociais, afirmando da necessidade de serem criadas regulações no sentido de proteção aos trabalhadores, refutando manifestamente saídas socialistas que viessem a expropriar a propriedade privada, tida pela mesma como sagrada. Afirma-se que o empregador deve respeitar a dignidade existente em todo trabalhador, bem como dispõe que “*entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém*”. Neste sentido, parte do documento trata especificamente sobre o tema da *quantia salarial*, criticando manifestamente os empregadores que subjagam os trabalhadores à salários insuficientes para manter a dignidade e a subsistência da vida humana, afirmar-se que “*acima da sua livre vontade está uma lei de justiça natural, mais elevada e mais antiga a saber que, o salário não deve ser insuficiente para assegurar a subsistência do operário sóbrio e honrado*”.¹⁴⁷

A partir do reconhecimento da função elementar do salário na perspectiva social pela manutenção de relações laborais equilibradas e minimamente justas à nível global, a matéria foi inserida, ainda que por vezes de forma indireta ou indeterminada, nos principais textos internacionais destinados à proteção do homem e da dignificação da relação de trabalho. A proteção salarial encontra-se presente na *Carta Internacional dos*

¹⁴⁵ ESTÉVES, José B. Acosta. *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho Español*. Página 33

¹⁴⁶ A encíclica é referida como o documento que deu início à doutrina social da igreja católica. Além de criticar o favorecimento do Estado à ganancia dos mais ricos, que no século XIX hierarquizaram e exploraram de forma degradante o proletariado, o texto papal defende a necessidade de ser criada uma proteção ao trabalho infantil, ao trabalho das mulheres e à limitação dos trabalhos forçados.

¹⁴⁷ PINTO, Mário. *A doutrina social da igreja, ontem hoje e amanhã*, in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa volume XII, tomo I. Lisboa. 1988. Páginas 210 - 215.

Direitos Humanos através da *Declaração Internacional de Direitos Humanos* bem como do *Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais*, bem como em outros documentos internacionais relacionadas às Nações Unidas. No mesmo sentido são os Convênios e às Recomendações da OIT.¹⁴⁸

5.1. Declaração Internacional de Direitos Humanos e o Pacto internacional de direitos Econômicos Sociais e Culturais

A *Declaração Internacional de Direitos Humanos*, documento internacional máximo na proteção da dignidade do homem enquanto sujeitos dotado de valor, foi adotada pela *Organização das Nações Unidas* em 1948 tendo como principais valores a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, as liberdades individuais, a igualdade entre todos, a proibição de discriminações, entre outros valores. Os direitos humanos aparecem como conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, aos quais devem ser reconhecidos positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.¹⁴⁹

A partir da concepção de que a proteção do homem se relaciona intimamente com a tutela da relação do trabalho em função do caráter essencialmente pessoal, a matéria ganhou destaque na *DUDH* no que se refere as condições laborais fundamentais, dispondo sobre à liberdade no exercício da profissão, à dignificação das condições de trabalho e a proteção contra o desemprego.

A *DUDH* dispõe especificamente em relação ao salário ao referir que o trabalhador tem direito à “*salário igual por trabalho igual*”¹⁵⁰. Também é tutelado, ainda que de forma abstrata, o princípio da suficiência salarial ao dispor que “*quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social*”¹⁵¹. A referida disposição projeta para todos a necessidade de haver um controle sobre o adimplemento de salário a fim de fazer com que este supra as necessidades mínimas de existência do trabalhador, ainda que este

¹⁴⁸ CARBONELLI, Matteo. *A proteção internacional dos direitos fundamentais no trabalho*. In *Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho*. São Paulo: Atlas. 2015. Página 33

¹⁴⁹ LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos*. Página 48

¹⁵⁰ O referido dispositivo corresponde ao Artigo 23, 2 da Declaração Universal de Direitos Humanos e afirma que “*Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual*”.

¹⁵¹ O referido dispositivo corresponde ao Artigo 23, 3 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

controle seja mínimo e condicionado à capacidade econômica dos Estados, norma que em verdade carece de concreta efetividade.¹⁵²

As referidas disposições expõe a relação direta da *DUDH* e a tutela de direitos laborais, enquanto instrumento necessário para manutenção da condição digna de vida, bem como enquanto critério que visa evitar discriminação na relação de trabalho.

Em acréscimo à *DUDH*, o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais* também reconhece distinta importância aos preceitos laborais, com objetivo de tutela e valorização do trabalho. Em sentido amplo e abstrato o *PIDESC* é um compromisso assumido diretamente pelos Estados que o assinaram e ratificaram, tendo como finalidade transpor seus valores para o sistema jurídico dos Estados membros, criando-se condições sociais mais justas e favoráveis ao desenvolvimento humano. Neste sentido, a adesão ao *PIDESC* ocasiona uma série de compromissos sociais relacionados à educação, saúde, seguridade social e também quanto à relação laboral.¹⁵³

No *PIDESC* são reconhecidos direitos laborais gerais referentes à liberdade sindical e ao direito de greve¹⁵⁴. Relativos ao campo salarial, os compromissos assumidos buscam reconhecer o trabalho como “*aquela que possibilita o sujeito ganhar sua vida por meio de uma atividade livremente escolhida ou aceita, de gozar condições de trabalho justas e favoráveis*”, sendo que o salário deverá proporcionar uma existência decente para o trabalhador e sua família, estabelecida de forma equitativa, respeitando o fundamento de que para igual trabalho igual salário¹⁵⁵.

Ainda que analisados de forma célere mostra-se claro que a questão salarial recebe intenso destaque nas referidas normas de direito internacional, sendo que os principais pontos se referem ao princípio da salarial, no sentido de que o salário deve corresponder à uma quantidade que consiga satisfazer às necessidades mínimas do trabalhador e do princípio da igualdade salarial, no sentido de evitar discriminações salariais no ambiente laboral.

¹⁵² XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português*. Página 70

¹⁵³ CALLJÓN, Francisco Balaguer. *Introducción al derecho constitucional*. Madri: Tecnos. 2011. Página 526

¹⁵⁴ As referidas normas estão dispostas no Artigo 8º do *PIDESC*.

¹⁵⁵ Os referidos dispositivos corresponde aos Artigos 6º e 7º do *PIDESC*.

2.5.2 As Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho

Ainda que questões relacionadas a internacionalização do direito do trabalho tenham sido elaboradas em momento prévio¹⁵⁶ ou mesmo tenham sido trabalhadas em outros documentos, como é o caso das Nações Unidas, é com a criação da Organização Internacional do Trabalho que se determina o marco efetivo de uma entidade supranacional especializadas na matéria laboral. A OIT foi criada em 11 de Abril de 1919 pela parte XIII do *Tratado de Versalhes*, respectivamente pelos Artigos 387 – 487, e posteriormente adotou a Declaração de Filadélfia¹⁵⁷ de 1944 como sua Constituição, expondo mais detalhadamente os fins e objetivos da organização e posteriormente passou a integrar o organismo das Nações Unidas como entidade especializada nas relações laborais.¹⁵⁸

Desde então a OIT trabalha na promoção de relações laborais mais justas e no desenvolvimento sustentável das relações de trabalho, elaborando estudos para o desenvolvimento econômico e social dos Estados integrantes por meio das Convenções e Recomendações. Os objetivos da Organização, assim como o de todo sistema jurídico-laboral, tem se modificado e adaptado às distintas realidades sociais, devendo-se destacar os objetivos históricos preconizados em sua criação, no sentido de *proporcionar uma concorrência econômica internacional justa, construção da paz social e desenvolvimento da justiça social*^{159, 160}.

¹⁵⁶ Sobre o período que antecedeu a criação da OIT ver. VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Ed. Tecnos: Madri. 1977. Páginas 29 – 52. Refere-se que o desempenho dos trabalhadores na primeira Grande Guerra fez surgir promessas a respeito da criação de um sistema laboral dedicado à proteção do trabalhador, que veio a se concretizar a partir do fim da guerra e da assinatura do Tratado de Paz.

¹⁵⁷ Dentre os preceitos mais importantes da Declaração está a afirmação de que “*a pobreza, em qualquer lugar, constitui um perigo para a prosperidade de todos*” e ressalta a necessidade de se adotarem “*medidas destinadas a garantir a todos uma justa distribuição dos frutos do progresso e um salário mínimo vital para todos os que tenham emprego e necessitem desta classe de proteção*”

¹⁵⁸ ESTEVÉZ, José B. Acosta. *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho Español*. Barcelona: Cedecs. 1997. Página 35

¹⁵⁹ Estes objetivos históricos são extraídos dos fundamentos e justificação para criação da Organização, neste sentido o preambulo da parte XIII do *Tratado de Versalles* dispõe sobre a necessidade de uma comunidade internacional integrada para manutenção da competitividade econômica dos Estados “*em vista que a não adoção, por qualquer nação, de um regime de trabalho realmente humano obstaculiza os esforços das demais nações de promover a melhoria das condições dos trabalhadores de seu próprio país (...)*”. Os objetivos relacionados à manutenção da paz e a promoção da justiça social decorrem da do preambulo da Constituição da Organização, dispondo que “*a paz universal e permanente somente pode basear-se na justiça social*” bem como “*existem condições de trabalho que possuem tal grau de injustiça, miséria e privações para grande número de seres humanos, que o descontentamento causado constitui uma ameaça para a paz e harmonia universal*”. Busca-se estabelecer uma relação entre às condições mínimas de dignidade laboral, a promoção da paz universal e o desenvolvimento da justiça social.

¹⁶⁰ MAHAİM. *Les principes de la législation internationale du travail*. In *Bulletins de la classe des lettres et des sciences Morales et politiques, t. XIII, núm. 5. 1927*. Página 212 – 212.

Entre às disposições gerais da OIT alusivas à proteção do salário se evidenciam o preâmbulo de sua constituição que dispõe sobre os princípios e objetivos a serem perseguidos pela organização, sendo estes “a garantia de um salário vital adequado” e a estipulação do “pagamento de um salário que assegure um nível de vida conveniente, de acordo com seu tempo e seu país”.¹⁶¹

Verifica-se que as principais fontes do denominado *Direito internacional do trabalho* decorrem das *Convenções e Recomendações*¹⁶² desenvolvidas pela OIT e que possuem ampla temática, no qual buscaremos aqui destacar os elementos mais importantes no tocante à proteção e promoção dos salários. Tendo em consideração que as normas da OIT possuem evolução e distinção temática, sua análise será dividida a partir de três quanto a *suficiência salarial e fixação de salários mínimos, igualdade salarial e proibição de discriminações e proteção jurídica do salário e satisfação do mesmo*.

5.2.1 Suficiência salarial e a fixação de salários mínimos

Em decorrência dos princípios, objetivos e fundamentos já referidos, desde sua criação, a OIT trabalha no intuito de promover a fixação de salários adequados e justos. Já em 1928 foi adotado a Convenção n.º 26 e a Recomendação n.º 30 denominada de “*Convenção sobre os métodos de fixação de salários mínimos*” e teve como objetivo a fixação de salários mínimos no setor industrial em que não havia estipulação coletiva. A Convenção buscou determinar critérios para a fixação dos salários através da oitiva dos representantes dos empregados e empregadores. A Convenção n.º 99 e a Recomendação n.º 89 também tratam sobre os *métodos para a fixação dos salários mínimos*, agora relacionados aos trabalhadores no setor da agricultura. Nestes diplomas não mais se desenvolver mais ferramentas para a fixação de salários mínimos, tão somente buscou-se ampliar o âmbito de aplicação dos métodos de fixação de salários para além dos trabalhadores da indústria^{163, 164}.

¹⁶¹ VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Ed. Tecnos: Madri. 1977. Página 302.

¹⁶² Deve-se destacar que há controversa sobre a natureza jurídica da fonte de direito internacional do trabalho, em que se entende mais adequada a concepção de que este possui natureza de texto “pré legislativa”, pois para tornar-se obrigatório necessita ser ratificado pelo Estado. Destaca-se ainda que as diferenças jurídicas das Convenções para as Recomendações decorrem de que a primeira é instrumento destinado à criar obrigações aos Estados que à ratifique, enquanto a segunda serve exclusivamente para definir normas dirigidas à orientar as ações dos governos.

¹⁶³ Observa-se que estas disposições tiveram menor número de adesões por parte dos Estados, entre os fundamentos expostos, refere-se em grande parte a desarticulação dos trabalhadores rurais comparado aos outros, dificultando a fixação de salários mínimos nestas categorias.

¹⁶⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros Tratados*. São Paulo: LTr. 2007. Página 453

Às referidas disposições foram revisadas e atualizadas sendo que em 1970 a Convenção n.º 131 sintetizou e complementou os critérios para fixação dos salários expostos anteriormente. A Convenção atentou para tornar eficaz a estipulação de salários mínimos em Estados em desenvolvimento. É referido sobre o compromissos dos Estados na tutela e fixação do salário mínimo por lei pelo qual não poderá ser reduzido, devendo os Estados tipificar em matéria penal o descumprimento destes valores, enquanto violação da ordem econômica. A convenção sintetiza que o salário mínimo deve corresponder, dentro da possibilidade econômica de cada Estado, às necessidades dos trabalhadores e de suas famílias, tendo em conta o nível médio de salários no país, o custo de vida, o nível de vida relativo à outros grupos sociais, fatores econômicos, níveis de produtividade e os níveis de empregabilidade. Também é exposto a necessário participação direta dos representantes das organizações de empregadores e trabalhadores interessados na criação e aplicação dos *salários mínimos*.¹⁶⁵

Desta forma se evidencia a tutela progressiva da OIT em relação à fixação de *salários mínimos* para todas as categorias de profissionais, mediante a utilização de métodos de diálogo entre os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, tendo em consideração o respeito às condições econômicas e sociais de cada Estado, mas impondo compromissos no sentido de regulação de *mínimos civilizatórios*, sendo este um instrumento eficaz de proteção e promoção do desenvolvimento humano.

5.2.2 Igualdade salarial

A busca pela igualdade entre os trabalhadores mostra-se presente desde à criação da instituição ao serem verificados os seus objetivos e fundamentos. O princípio da igualdade salarial inicia sua interiorização no direito do trabalho a partir da proibição de discriminação entre trabalhadores e tem se desenvolvido com maior intensidade no combate à discriminação em função de sexo. Neste sentido a Convenção n.º 100 da OIT de 1975 sobre igualdade de remuneração entre homens e mulheres tem como fundamento a noção de trabalho de valor igual (Artigo 9º, 1) sendo este definido pela própria legislação como sendo o “*trabalho prestado à mesma entidade patronal quando as tarefas desempenhadas, embora de diversa natureza, são consideradas equivalentes em resultado da aplicação de critérios objetivos de avaliação de funções*”.¹⁶⁶

¹⁶⁵ VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Página 306

¹⁶⁶ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 89

Verifica-se que a OIT tutelou de forma inovadora esta importante pauta sobre igualdade salarial, que inclusive inspirou, como será exposto, diferentes normas no âmbito da Comunidade Europeia.

5.2.3 A proteção jurídica ao salário

O desenvolvimento da proteção jurídica do salário iniciou-se a partir de um estudo realizado pela Oficina Especializada da OIT sobre as práticas envolvendo o *Truck Sistem*. A questão veio a ser objeto de regulação pela Convenção n.º 95 na 32ª Sessão da OIT denominada de “*Convenção sobre a proteção do salário*”, sendo considerada a mais importante sobre a matéria. A referida norma teve como objetivo proteger o trabalhador contra práticas que viessem a manter uma dependência excessiva dos trabalhadores aos empregadores, e por outro lado, assegurar o adimplemento rápido e íntegro dos salários.¹⁶⁷

Iniciou-se criando uma importante definição ao sistema laboral, conceituando o salário como a remuneração ou os ganhos suscetíveis de serem avaliados em dinheiro que são devidos em virtude de um contrato de trabalho por uma entidade patronal a um trabalhador, quer pelo trabalho efetuado ou à efetuar, quer pelos serviços prestados ou a prestar.

5.3 Referências comunitárias sobre a proteção do salário

Alguns aspectos da proteção ao salário também são reconhecidos no âmbito da Comunidade Europeia, pelo qual tem se referido sobre a harmonização dos sistemas jurídicos em matéria social. Neste sentido a *Carta Social Europeia* estabelece objetivos gerais sobre o alcance e a manutenção do nível mais estável possível de pleno emprego, (Artigo 1.1) o compromisso dos Estados assegurarem orientação, formação e readaptação profissional apropriada (Artigo 1.4), o direito dos sujeitos de obter orientação e formação profissional (Artigos 9 e 10). Em relação ao salário o Artigo 4º da Carta Social Europeia encarrega o Estado de garantir “*o direito dos trabalhadores a uma remuneração suficiente para lhes assegurar, assim como às suas famílias, um nível de vida decente*” consagrando o princípio da suficiência salarial.¹⁶⁸

¹⁶⁷ VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Página 300

¹⁶⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito social da União Europeia*. Coimbra: Almedina. 2009. Página 34. É destacado pela autora o desenvolvimento ao longo dos anos da vocação social assumida pela Comunidade Europeia, que por vezes enfrenta dificuldade em função dos diferentes modelos adotados por cada Estado. Deve-se destacar como momento decisivo no processo de criação de um modelo social

A regulação comunitária também se destaca quanto à proteção da igualdade dos trabalhadores principalmente quanto à noção de igualdade salarial. O Artigo 157 do TFUE correspondente ao Artigo 119 do Tratado de Roma e ao Artigo 141 do tratado de Amsterdã sempre se atentaram à questão de salário igual para trabalho igual ou mesmo salário, possibilitando inclusive a adoção de ações afirmativas para compensar desigualdades de fato.¹⁶⁹

Ao nível das fontes secundárias o direito comunitário tem dado especial atenção à matéria da igualdade salarial em função de gênero, sendo atualmente regida pela Diretiva 2006/54/CE que preconiza a paridade retributiva para um mesmo trabalho ou para um trabalho que seja atribuído um valor igual. Destaca-se ainda à importante função desempenhada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para efetivação das referidas normas e inclusive alargamento do seu âmbito de aplicação¹⁷⁰

O direito comunitário tem desenvolvido normas com a finalidade de regular a satisfação dos créditos laborais, em especial através da criação dos denominados *fundos de garantia salarial*. Este modelo tem inspiração na legislação francesa na *Assurance Garantie des Salaires* que se difundiu em alguns países Europeus e em 1980 foi regulado pela Diretiva n.º 80/987/CE com intuito de vincular os Estados Membros a assegurar o pagamento dos créditos em dívida emergentes do contrato de trabalho de trabalhadores assalariados. Em função da divergência existente na legislação de cada estado sobre o enquadramento de trabalhador assalariado a referida diretiva foi revisada pela Diretiva 2002/74/CE e posteriormente pela atual Diretiva 2008/94/CE, que deve ser transporta para a legislação dos estados membros.¹⁷¹

Mostra-se um intenso compromisso da *Comunidade Europeia* quanto a tutela de questões relacionadas à proteção salarial, sobre tudo sobre a matéria da igualdade e satisfação dos créditos salariais no caso de insolvência.

européu a aprovação do *Tratado da União Europeia em Maastricht* e posteriormente sua alteração pelo *Tratado de Amsterdã*, passando a ser reconhecido como fonte primária do direito comunitário a importância do direito laboral, ainda que a matéria salarial tenha sido parcialmente tutelada.

¹⁶⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória*, In *Estudos de Direito do Trabalho I*. Coimbra: Almedina. 2003. Página 227

¹⁷⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Directiva 75/117/CE em Portugal*. Página 170. Observa-se a evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido de desenvolver os conceitos de discriminação direta e indireta bem como de mesmo trabalho e trabalho de igual valor, especialmente em relação à discriminações fundamentadas na relação de gênero.

¹⁷¹ CUNHA, Ana Margarida Vilaverde e. *Protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador: cálculo das prestações do Fundo de Garantia Social: algumas reflexões acerca da compatibilidade do regime português com o regime comunitário*, in *Questões Laborais* n.º 38 Julho - Dezembro. Coimbra. 2011. Página 200

CAPÍTULO III – AS CONCRETIZAÇÕES DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SALARIAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS DE BRASIL, ESPANHA E PORTUGAL

O estudo sobre as normas de tutela do salário neste capítulo terão como ponto de partida o desenvolvimento do princípio da proteção do trabalhador como norma orientadora do subsistema laboral, sendo este um ramo autônomo do direito privado nos termos supra referidos. A necessidade de normas de tutela do salário se mostra presente desde o surgimento do direito do trabalho, correspondendo as primeiras manifestações de proteção do trabalhador, e justamente em função desta essencialidade, a proteção do salário é reconhecida no âmbito do direito internacional do trabalho na DUDH e nas referidas disposições da OIT. É a partir desta concepção desenvolvida até o momento que se passa para mais uma aproximação ao objeto de estudo, agora respectivamente em relação ao alcance e âmbito de atuação da tutela salarial nos sistemas jurídicos concretos.

Será analisado o conteúdo material, alcance e âmbito de atuação das normas de proteção ao salário no regime jurídico de Brasil, Espanha e Portugal com a finalidade de traçar linhas gerais sobre a tutela salarial e encontrar elementos de conexão entre os diferentes sistemas jurídicos e as normas de direito internacional relacionada a tutela do salário. Ressalta-se novamente que não se busca a realização de um estudo comparado entre os referidos regimes jurídicos, mas tão somente analisar às concretizações do em relação à proteção do salário nos sistemas jurídicos próximos com a finalidade de acrescentar conteúdo e subsídios na delimitação e definição do *princípio de proteção salarial*.

Para o desenvolvimento do estudo se buscou sistematizar a análise da tutela do salário nos regimes jurídicos a partir de duas perspectivas, por um lado a partir do estudo dos sistemas jurídicos de forma isolada melhor identificação dos contornos de cada regime jurídico e por outro lado, na medida do possível, tendo como referência uma sequência lógica que se inicia com a contextualização histórica e constitucional do direito do trabalho, identificação e enquadramento do jurídico do salário, identificação de normas relacionadas a tutela salarial em especial às relacionadas à suficiência, igualdade e outras garantias de tutela salarial que busquem efetivar a livre satisfação do salário ao trabalhador.

1. A proteção do salário no sistema jurídico brasileiro

A análise do sistema jurídico-laboral brasileiro será realizada com a finalidade de incrementar subsídios a respeito dos meios de proteção do respectivo sistema jurídico a partir da legislação, jurisprudência e doutrina sobre os princípios e regras do referido sistema para verificar a extensão e o âmbito de atuação de normas de tutela do salário no sistema jurídico brasileiro. Neste sentido busca-se discorrer sobre os pontos essenciais e controversos a respeito da proteção do salário sem deixar de aprofundar o estudo quando necessário.

A análise se inicia com a explanação dos valores que fundamentaram a criação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a promoção dos direitos sócias, em especial o direito laboral. Posteriormente serão analisados os princípios e as determinações legais que concretizam os valores constitucionais, em especial a Consolidação de Leis Trabalhistas de 1943 e a verificação da existência de normas relacionadas à proteção salarial.

1.1. A tutela do salário na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O ponto de partida da análise salarial do sistema jurídico brasileiro parte da constatação de que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em cinco de outubro de 1988 surge após um longo governo de exceção e representa a ruptura do governo não democrático. É neste sentido que a CRFB é considerada o documento *juspolítico* mais significativo já elaborado na história do Brasil, consagrando expressamente generosos direitos sociais entre os *princípios essenciais*¹⁷² da ordem constitucional, longe é verdade de serem efetivamente concretizados, e que representou o trabalho como fator capaz de promover redução das grandes desigualdades históricas existentes no país.¹⁷³

¹⁷² Neste sentido se observa o Preambulo da CRFB que deixa claro os objetivos propostos pelo texto: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional”.

¹⁷³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Página 776

A Constituição de 1988¹⁷⁴ outorga pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro os direitos fundamentais com a adequada relevância necessária em que pela primeira vez é reconhecido meios de tutela e efetivação dos direitos fundamentais com a sua aplicabilidade imediata prevista no Artigo 5º §1º, excluído aqueles de natureza programático, o *status* jurídico reforçado com a um procedimento específico para alteração constitucional e mesmo legislativo sobre determinadas matérias e a inclusão de *cláusulas pétreas* pelo Artigo 60, § 4º impedindo a supressão os descaracterização de alguns preceitos fundamentais pelo qual a constituição perderia sentido. O conteúdo das normas de direitos fundamentais incorpora materialmente a própria noção de criação do Estado, vinculando o legislador, o poder público e os particulares.¹⁷⁵

O fundamento ideológico da Constituição é contemporâneo pois ultrapassa as concepções liberais que ignoram as desigualdades de fato existente na sociedade e do socialismo expropriador das ditaduras de fundamento Marxista, consagrando a proteção e promoção dos direitos humanos, introduzindo uma nova concepção jurídica até então inovadora.¹⁷⁶ Nota-se que a CRFB positivou expressamente os valores mais nobres do sistema jurídico internacional, incorporando os preceitos de igualdade¹⁷⁷, de dignidade da pessoa humana¹⁷⁸, de liberdade, bem como os direitos decorrentes destes valores no âmbito do direito do trabalho como a livre iniciativa, a tutela do trabalhador, o direito de greve e a promoção de outros direitos sociais.¹⁷⁹

Os direitos sociais são expressamente reconhecidos e constam essencialmente nos Artigos 6º à 8º¹⁸⁰ de forma genérica sendo que posteriormente o texto constitucional dispõe com maior profundidade sobre o alcance prático destes direitos no Título VIII ao dispor sobre *a ordem social*. A defesa dos direitos fundamentais formam hoje o

¹⁷⁴ Afirma-se que o processo constituinte presidido pelo Deputado Constituinte Ulysses Guimarães foi o mais democrático já existente na história do Brasil, e por isso a denominação de “*constituição cidadã*”, pois o seu anteprojeto foi objeto de 122 Emendas Populares subscritas por pelo menos 30.000 mil eleitores.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Página 63

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Página 547

¹⁷⁷ A igualdade encontra-se positivada no capítulo de Direitos Fundamentais no Artigo 5º Caput com a determinação de que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” e no inciso I ao reafirmar o mandamento fazendo-se referência à “*igualdade entre homens e mulheres em direitos e deveres*”.

¹⁷⁸ A dignidade humana é reconhecida no Artigo 1º da Constituição enquanto fundamento de todo o sistema jurídico. Afirma-se também que somente com a concretização dos direitos sociais é que se poderá alcançar os objetivos propostos no Artigo 3 de criar uma “*sociedade livre justa e solidária*”.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Página 211

¹⁸⁰ O Artigo 6º da Constituição determina que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade, a infância e aos desamparados.

pressuposto mais importante e eficaz na concretização dos objetivos constitucionais no sentido de promoção de melhores condições de vida da sociedade.

O modelo constitucional reconheceu também uma ampla tutela aos direitos laborais dispondo sobre as principais matérias de caráter individual e coletivo. Nota-se que a Constituição estabelece o (re)dimensionamento laboral ao domínio privado, principalmente no que diz respeito as relações do Estado com os Sindicatos com a restrição de interferências estatais na autonomia e auto-organização sindical, na negociação coletiva ao ampliar o seu âmbito de atuação e no direito de greve que passa a ser compreendida enquanto direito fundamental social com caráter de liberdade (defesa) dos trabalhadores, entre outras importantes disposições referentes à relação individual de contrato de trabalho.¹⁸¹ O núcleo constitucional dos direitos fundamentais dos trabalhadores é reconhecido pelo Artigo 7º da Constituição ao determinar de forma concreta direitos subjetivos e limites para o legislador concretizar a matéria trabalhista ou ainda que devem ser observados nos contratos individuais e coletivos de trabalho.

Entre as disposições constitucionais relacionadas a tutela do salário se destaca a criação do *Fundo de Garantia por Tempo de Serviço*¹⁸², a tutela do *Salário Mínimo*¹⁸³, o *Piso salarial*¹⁸⁴, a *irredutibilidade salarial*¹⁸⁵, a *garantia de salário nunca inferior ao mínimo para quem recebe remuneração variável*¹⁸⁶, a *tipificação como crime da retenção dolosa do salário*¹⁸⁷ e a *proibição de diferenças salariais por motivos discriminatórios*¹⁸⁸. A Constituição também reconhece entre os valores fundamentais da ordem econômica e financeira da República a *valorização do trabalho humano* como finalidade de promover os ditames da *justiça social*¹⁸⁹. Mostra-se evidente a tutela constitucional ao salário, e inclusive demasiadamente pretensiosa, ao vincular o legislador infraconstitucional ao

¹⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho* – 26 edição. São Paulo: Saraiva. 2014. Página 110

¹⁸² O Artigo 7º Inciso III reconhece a criação do *Fundo de Garantia por Tempo de Serviço* aos trabalhadores subordinados.

¹⁸³ A norma é expressa no Artigo 7º Inciso IV ao reconhecer o “*salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*”.

¹⁸⁴ Artigo 7º Inciso V: “*piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho*”.

¹⁸⁵ Consiste essencialmente no Artigo 7º Inciso VI “*irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*”.

¹⁸⁶ O Artigo 7º Inciso VIII reconhece a “*garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável*”.

¹⁸⁷ O Artigo 7º Inciso X afirma a “*proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa*”.

¹⁸⁸ Consiste nos preceitos expostos no Artigo 7º incisos XXIX, XXXI e XXXII da CRFB.

¹⁸⁹ Disposição expressamente reconhecida no Artigo 170 CRFB.

respeito de inúmeros preceitos fundamentais. Os fundamentos e valores referidos pelo texto constitucional de forma explícita ou implicitamente elevam o direito do trabalho e a proteção do salário à pedra angular do sistema jurídico de direitos fundamentais sociais, com a finalidade de proteção do trabalhador e promoção do desenvolvimento socioeconômico do Estado.

Além dos referidos direitos fundamentais e do reconhecimento de valores entende-se que a constituição adotou um conceito materialmente aberto e relativamente flexível de direitos fundamentais a partir do Artigo 5º§ 2º¹⁹⁰. Isto significa dizer que os valores ou princípios fundamentais são reconhecidos pela sua positivação nas diferentes partes do texto constitucional ou mesmo de direitos fundamentais que mesmo não escritos estão implícitos no catálogo de normas constitucionais ou ainda a partir de acordos ou tratados internacionais que o Estado se torne signatário.¹⁹¹

1.2. Noção e enquadramento do salário na Consolidação de Leis do Trabalho de 1943

Faz-se importante uma breve nota em momento prévio ao estudo do salário na legislação infraconstitucional que consta essencialmente na Consolidação de Leis do Trabalho de 1943. A legislação vem sido sistematicamente alterada, o que por um lado mantém a norma atual, mas por outro lado torna complexa a sistematização dos institutos, termos e conceitos nela tratada. Nota-se que a CLT “sobreviveu” ao regime autoritário e não democrático de Getúlio Vargas ao regime militar de 1964 à 1985 ao processo de redemocratização e por diferentes ciclos e planos econômicos. Em função das inúmeras alterações e das diferentes concepções interiorizadas no processo de criação da legislação celetista é exigido do interprete uma refinada atuação hermenêutica de adequação da norma, pelo qual entende-se que a CLT deve ser interpretada sobre tudo a partir dos valores propugnados pela constituição, sob pena da legislação entrar em própria contradição ou em colisão aos valores constitucionais.

¹⁹⁰ A abertura material do sistema de valores fundamentais foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 939/7 em 1994, onde discutiu-se a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 3/93 e da Lei Complementar n.º 77/93, em que se reconheceu expressamente o princípio da anterioridade enquanto garantia fundamental do contribuinte na implementação de impostos.

¹⁹¹ A este respeito vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Páginas 80 - 94

1.2.1. Noção de remuneração, salário e prestações não salariais

A determinação de um conceito seguro do instituto do salário é de extrema importância pois dele decorre aquilo denominado por Godinho Delgado como “*efeito expansionista circular dos salários*” sendo utilizado como critério para o cálculo de outros benefícios laborais como a *gratificação natalina* e dele decorrem outras obrigações legais para além da relação laboral como a incidência no *Fundo de Garantia por Tempo de Serviço* ou ainda encargos previdenciários e de manutenção do Estado Social.

A aceção *salário*¹⁹² e *remuneração* possuem sentido desigual no regime jurídico brasileiro, em contraponto a outros regimes que concedem sentido idêntico enquanto conjunto de parcelas recebidas pelo empregado no contexto do contrato de trabalho. Embora este seja um dos sentidos da expressão *salário* e *remuneração*, a CLT atribui um sentido mais amplo à remuneração do que ao salário.¹⁹³ Ainda que o enquadramento salarial não seja claro, o conceito de *salário* é extraído dos Artigos 76 e 457 da CLT, considerando para todos os efeitos como o conjunto de vantagens habitualmente atribuídas pelo empregador como contraprestação da atividade realizada. Em sentido diverso e com a finalidade de atribuir um conceito mais amplo do que o atribuído ao salário, a legislação refere-se a *remuneração* como o conjunto de prestações devidos habitualmente pelo trabalhador pela prestação da atividade laboral, no sentido de integrar as contraprestações concedidas por terceiros, como as *gorjetas*¹⁹⁴, ao sistema laboral.¹⁹⁵ A CLT diferencia o salário como sendo a quantia em dinheiro ou espécie atribuído pelo empregador ao trabalhador de forma habitual da gorjeta que corresponde à prestação realizada por terceiro decorrente da relação de trabalho ou outras prestações que não são caracterizadas no conceito salarial, sendo que a soma de ambas integram a remuneração do trabalhador.

Da análise da legislação pode-se extrair que o *salário* corresponde estritamente à contraprestação ao trabalho prestado, contudo, lhe é dado um sentido mais

¹⁹² Nota-se que a denominação *salário* possui conotações que não guardam relação direta com a figura específica jus-trabalhista, no direito previdenciário por exemplo se encontram inúmeras expressões tal como *salário de contribuições* ou *salário de benefícios*, que são em verdade o benefício previdenciário conferido pelo Instituto Nacional de Segurança Social. No mesmo sentido o *salário maternidade* que corresponde ao valor pago à gestante por ocasião do período de afastamento previdenciário.

¹⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Página 760

¹⁹⁴ Observa-se que o legislador quis que a gorjeta, que não corresponde à obrigação assumida pelo empregador, integrasse à remuneração do trabalhador atribuindo reflexo legal. Com isso a média dos valores recebidos mediante gorjeta repercutem no pagamento da gratificação natalina, abono de férias de 1/3, entre outras disposições laborais como se observa a Súmula 354 do TST.

¹⁹⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho* 31ª edição. São Paulo: Atlas. 2015. Página 241

amplo considerando também à disponibilidade do trabalhador, os períodos de descanso e demais obrigações decorrentes do contrato de trabalho, e não o simples e efetivo trabalho realizado.¹⁹⁶ O entendimento dominante é de que o *salário* corresponde ao valor devido pelo empregador ao empregado enquanto atribuição habitual, não só pelos serviços prestados, mas também pelo fato de se encontrar à disposição daquele por força do contrato de trabalho.¹⁹⁷ Do referido conceito extrai-se que o enquadramento do salário ocorre quando observado os elementos da obrigatoriedade devido em função do vínculo laboral, habitualidade ou periodicidade e a patrimonialidade.

O salário poderá ser fixado com base no fator período de tempo, cumprimento de empreitada, realização de tarefa ou peça (Artigo 78 da CLT), sendo que em nenhum dos casos poderá ser remunerado por valor hora inferior mínimo legal. Isso quer dizer que mesmo nas atividade em que o cálculo da quantia salarial dependa de fator alheio ao tempo, este critério de alguma forma incide sobre a realização da atividade sendo necessário respeitar o salário mínimo calculado pelo fator tempo, de onde se pode afirmar pelos preceitos constitucionais que em verdade não existe uma prestação puramente variável.¹⁹⁸ Em relação à natureza jurídica do *salário*, apesar do tema possuir maior relevância dogmática do que prática e considerando as diferentes concepções suscitadas pela doutrina, limitaremos a referir posição que entendemos mais adequado.¹⁹⁹ O salário tem natureza jurídica de elemento do *contrato de trabalho enquanto contrato de interesse patrimonialista tendo a função de satisfação dos interesses do trabalhador em decorrência de sua integração na relação laboral, que se põe à disposição para o exercício do trabalho e satisfação dos interesses do empregador*. Esta concepção justifica a manutenção da obrigação salarial mesmo nos períodos de descanso, de férias, nas faltas justificadas ou mesmo quando o trabalhador se afasta por motivos de doença, questões que são tuteladas pela legislação.²⁰⁰

De forma geral os contratos de trabalho têm adotado o critério de unidade de tempo para determinar o salário do trabalhador, sendo que quando o trabalho for calculado por unidade de obra, é devido remuneração por produção em jornada

¹⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: Conceito e proteção*. São Paulo: LTr. 2008. Página 85

¹⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. Página 491

¹⁹⁸ MARTINS. Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. Página 246

¹⁹⁹ Entre as distintas propostas defendidas quanto à natureza jurídica do salário se destacam, à com viés liberal que o considera como *preço atribuído ao trabalho*, à que refere ao salário como a *indenização* adimplida pelo empregador pela disposição do trabalhador, a natureza *alimentícia do salário* que relaciona sua destinação, de manter a substância do trabalhador e não propriamente sua natureza.

²⁰⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. Página 230

suplementar, ainda que o tempo seja elemento relativamente irrelevante para a determinação da remuneração.²⁰¹

O conceito salarial apresentado suscita que as vantagens, valores ou outras percepções patrimoniais atribuídas pelo empregado que não guardem vínculo com a atividade desenvolvida não possuem natureza salarial, pois não representam contrapartida devida em decorrência do vínculo laboral. Enquadra-se neste conceito os valores que buscam compensar o empregado de gasto assumido em virtude do contrato de trabalho como o reembolso de diárias ou gasolina em função de atividade desenvolvida pelo trabalhador, ou para viabilizar a prestação da atividade como o material de trabalho e equipamentos de proteção.²⁰²

A vagueza legislativa fez nascer o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que quando o empregador conceder valor ou utilidade destinado *pelo* trabalho ou seja, realizado em função do trabalho desenvolvido pelo trabalhador a quantia terá natureza salarial e quando este valor ou utilidade for destinado *para realização do trabalho*, como por exemplo os equipamentos de trabalho, vestuários específico ou reembolso de viagem terá natureza indenizatória. Especificamente em relação ao adimplemento de diária de viagem, para aquelas que excedam cinquenta por cento do salário do trabalhador, a Súmula 241 do TST dispõe uma espécie de presunção salarial, devendo o empregador comprovar que o trabalhador de fato utilizou à quantia da diária e que está não serve para retribuir o trabalhador.²⁰³

²⁰¹ NETO, Francisco Ferreira Jorge. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho* 8^o edição. São Paulo: Atlas. 2015. Página 577

²⁰² Neste sentido o Ac. do Tribunal Regional do Trabalho da 3^o Região 13/07/2017 Proc. 0010538-92.2016.5.03.0059, in <http://www.trt3.jus.br>, acessado em 24/05/2018. A decisão considerou integrar no conceito de salário o veículo disponibilizado pelo empregador ao referir que “*nos termos peremptórios e imperativos do art. 457, parágrafo 1o, da CLT, “integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador”, pelo que indiscutível a natureza contraprestacional de verba cognominada de locação de veículo, que tinha por objetivo retribuir a prestação de serviços. Salário é o sal da vida. Com ele o empregado mantém a sua subsistência, assim como de sua família. Alimento para o corpo e para a alma, embora, em muitos casos, o salário se destine precipuamente à sobrevivência, vale dizer, ao alimento físico da pessoa humana. Não se admite, na onda flexibilizante, que a autonomia privada, individual ou coletiva, derroque normas de tutela absoluta, provocando a dessalinização de parcelas nitidamente retributivas, que têm por escopo nítido a valorização do estado democrático de direito, atribuindo valor axiológico moral ao trabalho humano”*”.

²⁰³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Página 787. Neste sentido Ac. Tribunal Superior do Trabalho, de 23/03/2018, Proc. 958-24.2016.5.13.0006, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/05/2018. Entendeu-se que o auxílio-alimentação que o empregado contribui para o custeio não possui natureza salarial. Sobre a existência de uma presunção salarial em relação as diárias que excedam cinquenta por cento do salário do trabalhador. Em sentido diverso o Ac. do Tribunal Regional do Trabalho da 3^o Região de 14/07/2017 Proc. 0010565-68.2015.5.03.0008, in <http://www.trt3.jus.br/>, acessado em 24/05/2018. A decisão refere que “*Quando o art. 457, § 2º, da CLT, dispõe que não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do*

Além da referida distinção sobre a natureza salarial ou indenizatória de determinada prestação realizada pelo empregado a legislação criou um extenso catálogo²⁰⁴ de “utilidades”, extraíndo-lhes a natureza salarial, com intuito de fomentar práticas laborais consideradas “positivas” para que nestes não se incidam os encargos ou garantias próprias da obrigação salarial, tem se advertido, ainda que seja louvável, que a utilização desmedida destes instrumentos jurídicos pode e tem ocasionado o desequilíbrio e desvirtuamento na composição do salário, pois incentiva o empregador a elevar o número de atribuições não salariais que não possuem as garantias próprias do salário ou mesmo que colocam em risco o financiamento do instituto de segurança social.

É entendido que a legislação pode suprimir a natureza salarial de determinada atribuição, ainda que isto possa ser configurado como a supressão de direito fundamental materialmente consagrado, e portanto deva atender aos requisitos constitucionais para tanto. Em sentido diverso nem o contrato individual de trabalho nem a negociação coletiva podem dispor sobre a natureza salarial de uma determinada atribuição.

1.2.2. Composição salarial

A composição salarial decorre do Artigo 457 § 1º e 2º da CLT enquanto *“importância em dinheiro, utilidade, comissões, percentagens, gratificações, diárias*

salário percebido pelo empregado, tal artigo não alude à remuneração, e sim ao salário-base do empregado. Tanto isto é verdade, que o dispositivo legal em questão emprega as palavras "salário" e "remuneração", distinguindo-as claramente, ao dispor, em seu caput, que se compreendem na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. Ora, como é cediço, a lei não contém palavras inúteis, e se faz menção ao salário e à remuneração, é óbvio que não confunde os dois conceitos. Destarte, em que pese a redação do § 2º do art. 457 da CLT não ser das mais felizes, ao fazer menção aos "salários" (na realidade, remuneração, ou conjunto dos "salários" do empregado), o que se infere do contexto lógico do artigo em questão é que as diárias que extrapolem 50% do salário-base do empregado integrarão a sua remuneração, presumindo-se sua natureza salarial. Tal presunção não prevalecerá apenas se restar provado que as diárias têm natureza indenizatória”.

²⁰⁴ O art. 458 § 2 dispõe que *“Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; V – seguros de vida e de acidentes pessoais; VI – previdência privada; VIII - o valor correspondente ao vale-cultura”.*

O § 5º do referido art. dispõe que: *“O valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio ou não, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, mesmo quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas, não integram o salário do empregado para qualquer efeito nem o salário de contribuição”.*

superiores à 50% ao montante salarial, abonos, prêmios e outras possíveis formas de retribuir o trabalhador em decorrência do contrato de trabalho.” A legislação é falha tanto na construção do conceito salarial como ao determinar sua composição pois, ao invés de criar uma fórmula simples e totalizadora buscou exemplificar diferentes formas que terão ou não natureza salarial. A composição salarial pode ser calculada mediante unidade de tempo, obra ou tarefa, sendo diferenciado o salário-base, que se submete a regra de periodicidade de outras importâncias salariais derivadas da dinâmica empresarial em que é admitido um período alargado para o cumprimento da obrigação como os prêmios, abonos e etc.²⁰⁵

A composição salarial é regida por uma relativa liberdade destinada a livre disposição das partes (negociação coletiva, contrato de trabalho e em algumas atividades pela própria legislação específica) e por isso ocorre o surgimento de incontáveis tipos salariais derivados da vontade das partes, sendo que a própria CLT reconhece alguns componentes que com o tempo ganharam maior importância.²⁰⁶ Em função da finalidade do estudo não será desenvolvido todos os componentes salariais derivados da legislação, pelo qual somente será exposto aqueles que possuem maior relevância para o estudo e que são importantes para identificação do conteúdo salarial tutelado pelo sistema jurídico. Neste sentido destaca-se as *comissões, gratificações e prêmios*, que possuem regulação específica na CLT bem como a *participação nos lucros e resultados*.

O trabalhador pode ser remunerado total ou parcialmente por meio de *comissão* como dispõe o Artigo 466 da CLT e a Lei 3.207 de 1957, sendo que o seu cumprimento tem algumas particularidades em relação ao salário-base. É assegurada a satisfação da comissão mesmo após a rescisão contratual, no caso de o negócio ter sido concluído após a rescisão do contrato de trabalho ou quando o negócio for desfeito por culpa exclusiva do empregador.²⁰⁷ Em oposição à regra de vencimento mensal do salário a comissão pode ser satisfeita em até três meses após a aceitação do negócio e tem-se questionado sobre a constituição da obrigação quando da realização do fator constitutivo (exemplo da comissão atribuída por venda de coisa de um trabalhador lojista) e eventual

²⁰⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. Página 535

²⁰⁶ Dentre os componentes salariais expressos na legislação destaca-se o adicional de insalubridade (Artigo 7º, XXIII da CF e 189 da CLT), adicional de periculosidade (Artigo 7º, XXIII da CF, Artigo 193 e legislações específicas), adicional de penosidade (Artigo 7º XXIII da CF não regulamentado por legislação), adicional de horas extraordinárias habituais (Artigo 7º, XVI da CF, Súmula 45 do TST), adicional noturno (Artigo 7º, IX da CF e Artigo 73 da CLT), adicional de transferência (Artigo 469, caput da CLT), adicional de *sobreaviso* (Artigo 244 §2).

²⁰⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: Conceito e proteção*. Página 65

cancelamento do negócio mesmo após o negócio ter se perfectibilizado por direito de arrependimento do consumidor (prazo de arrependimento do consumidor é de 7 dias conforme Artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor). Tem se entendido majoritariamente que após realizado o negócio é devida comissão, salvo na hipótese de inadimplemento do cliente (Artigo 7º da Lei de Comissão), pelo qual ainda que exercido o direito de arrependimento do negócio pelo consumidor, seria devido comissão ao trabalhador em decorrência do risco do negócio assumido pelo empregador e do princípio da proteção do trabalhador.²⁰⁸ Este posicionamento é aparentemente inconcebível se observado a partir da relação causal e sinalagmática do salário, ou mesmo em razão dos princípios gerais do direito civil.

A *gratificação* pode decorrer de determinação legal como é o caso da *gratificação natalina* (prevista no Artigo 7º, VIII, da CRFB usualmente denominada de *13º salário* que não se enquadra essencialmente na ideia de gratificação pois é certo e previamente constituído) ou de forma espontânea em decorrência de circunstância ou fator tido como relevante para o empregador como forma de liberalidade. Verdade é que a concepção de liberalidade da gratificação foi absolutamente deturpada, inclusive pela legislação, pelo qual por exemplo tipifica na gratificação por exercício de um cargo ou função de confiança denominada de *gratificação de função* (Artigo 468). Devem ser diferenciadas as gratificações que decorrem de liberalidades do empregador das gratificações decorrentes da própria legislação ou da atividade desenvolvida pelo trabalhador.²⁰⁹

A gratificação que for incerta e decorrer que liberalidade do empregador não será enquadrada como salário, a gratificação que não seja regular ou que seja relacionada à função ou atividade realizada pelo trabalhador, ainda que seja considerada salário, poderá ser suprimida caso haja a reversão da condição que lhe fundamente, não incidindo o princípio da irredutibilidade salarial. Em contrariedade a este entendimento o TST passou a entender que as gratificações que fossem concedidas pelo empregador por mais de dez anos de forma habitual e reiterada se incorporariam de fato ao equilíbrio salarial do trabalhador não sendo possível sua supressão.²¹⁰ O referido entendimento é

²⁰⁸ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, atualizado por Eduardo Carrion*. São Paulo: Saraiva. 2017. Página 103. Neste sentido o Ac. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região de 28/07/2015, Proc. 0001457-58.2014.5.02.0402 in <http://www.trtsp.jus.br> acessado em 05/05/2018. Entendeu ser devido o valor da comissão mesmo exercido o direito de arrependimento.

²⁰⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. Página 506

²¹⁰ Este entendimento decorre da Súmula 372 do TST que proíbe a supressão de gratificações percebidas pelo trabalhador por mais de dez anos.

questionado a partir da *reforma trabalhista*²¹¹ que modificou substancialmente o Artigo 468 § 1º e § 2º da CLT no sentido de expor manifestamente o caráter não consolidável das gratificações decorrentes de função. É questionável o entendimento do TST sobre a consolidação das gratificações ao salário do trabalhador pois estão presentes no sistema jurídico justamente para atribuir uma melhoria salarial em decorrência de uma situação ou evento incerto.

Os *prêmios* usualmente denominados de *bônus* consistem em atribuições realizadas pelo empregado em decorrência de evento ou circunstância tido como relevante normalmente vinculada à conduta individual ou coletiva dos trabalhadores mediante prévia estipulação. Uma vez pactuado o prêmio e constituído o seu fato gerador o prêmio devido e seu cancelamento implicaria alteração contratual lesiva.²¹²

Em sentido diverso das prestações salariais apresentadas a *participação nos lucros e resultados* possui previsão no Artigo 7º, XI da CRFB em que é expressamente excluída sua natureza salarial. No plano infraconstitucional a participação nos lucros é regulada pela Lei 10.101/2000, sendo que compete à negociação coletiva ou à comissão de trabalhadores da empresa sua estipulação.

Em sentido semelhante surgem também as *stock options*²¹³, ainda que não possuam regulação específica sobre a compra de ações aos trabalhadores, seu efeito prático é muito reduzido no sistema jurídico brasileiro, não se enquadrando no conceito de salário.²¹⁴

Ainda que a *gorjeta* não possua natureza salarial ela pode integrar a remuneração do trabalhador a luz do Artigo 457 da CLT desde que seja em razão da

²¹¹ Reforma trabalhista é a denominação atribuída à alteração legislativa da CLT operada pela Lei nº 13.467.

²¹² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. Página 510. Neste sentido o SFT editou a Súmula 209

²¹³ De forma vazia a única disposição sobre as stock options surge no o Artigo 168 da Lei n. 6.404/76 ao afirmar que “O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou à sociedade sob seu controle” sem nenhuma disposição sobre a natureza deste rendimento. Neste sentido o Ac. Tribunal Superior do Trabalho de 11/04/2012, Proc. 108640-60.2007.5.05.0011, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/04/2018. A decisão refere que “Com relação à adesão do trabalhador ao plano “stock options”, importa observar a sua natureza mercantil, desde quando diz respeito a aquisição pelo empregado de ações de modo oneroso, embora tal compra seja subsidiada pela empresa em forma de desconto, afastando, assim, qualquer vestígio de natureza salarial, desde quando as ações não adquiridas a título gratuito, ficando o empregado beneficiário dos lucros porventura obtidos pela empresa, com a alternativa de livremente negociar no mercado de ações, enquanto a empresa se beneficia com o estímulo dos seus empregados no desenvolvimento de suas atividades, como acionista”.

²¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. Página 253

atividade laboral, habituais ou compulsoriamente cobrada pelo serviço prestado pelos trabalhadores, conforme entendimento da Súmula 354 do TST.

1.3. Princípio da suficiência salarial, salário mínimo e piso salarial

Como referido supra, a noção de suficiência salarial e de salário justo suscitam à limitação à livre disposição dos salários tendo como sua maior concretização a criação de mínimos salariais que garantam (deveriam garantir) a capacidade de subsistência ao trabalhador e à justa retribuição compatível com sua atividade. Como expresso no plano internacional, a determinação do *salário mínimo* decorre da concepção básica de intervenção do Estado nas relações laborais com objetivo de tutelar um valor mínimo civilizatório, capaz de garantir as necessidades elementares do trabalhador. Ressalta-se que o Brasil ratificou pelo Decreto Legislativo n.º 24 de 1956 as Convenções da OIT n.º 26 e 95 sobre a fixação de salários mínimos se comprometendo à criar meios de proteção quanto aos salários.

A fixação de valores salariais mínimos surge no sistema jurídico brasileiro pela Constituição de 1934, outrora denominados de *piso nacional de salários*, sendo realizadas diferentes modificações em função dos diferentes espectros políticos. A atual concepção constitucional reconhece o salário mínimo no Artigo 7º, IV atribuindo ao legislativo o dever de fixar o valor, sendo ele unificado em todo o país a todos os trabalhadores subordinados, devendo corresponder as necessidades básicas dos trabalhadores, sendo irrenunciável e indisponível por negociação coletiva ou contrato de trabalho. Ainda que a norma constitucional tenha disposto que “*o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família tal como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*” a jurisprudência e a doutrina não criam uma vinculação direta entre o valor estipulado e sua suficiência para suportar as exigências constitucionais, sendo entendido como uma norma de caráter programático, com eficácia limitada ao máximo possível. A partir do reconhecimento constitucional do salário mínimo enquanto direito fundamental, no plano infraconstitucional, a evolução²¹⁵ da determinação salarial não

²¹⁵ As medidas de interferência Estatal na estipulação dos salários após a promulgação do texto constitucional e a indexação dos reajustes aos índices da inflação ou mesmo ao valor do salário mínimo contribuíram, entre outros fatores, para o descontrole monetário da moeda brasileira ocasionando um ciclo vicioso de que quanto maior ocorriam as correções salariais, com o intuito de acompanhar a subida dos preços dos bens de consumo, maior ocorria a desvalorização da moeda em função da relação inseparável

ocorreu de forma linear tendo adquirido a atual forma a partir da consagração do *plano real* concretizado em 1994.²¹⁶

O atual valor do *salário mínimo nacional* é regulado pela Lei n.º 13.152 de 29 de Junho de 2015 que abandonou a até então dominante subjetividade na estipulação do valor do salário mínimo vinculando seu cálculo até o ano de 2019 aos índices do Produto Interno Bruto e da inflação. Com isso, a partir da fixação dos referidos critérios o poder executivo lança o decreto determinando os valores concretizados, sendo que para o ano de 2018 o salário mínimo foi determinado pelo Decreto n.º 9.255 de 29 de dezembro de 2017 correspondendo ao valor mensal de R\$ 954,00 mês, ao valor diário de R\$ 31,80 e ao valor de R\$ 4,34 por hora.²¹⁷

A determinação do valor do *salário mínimo* cria uma obrigação intransponível ao próprio poder público no âmbito dos Estados Federais na determinação do *piso salarial*, ao empregador e aos representantes dos trabalhadores na negociação coletiva e ao próprio trabalhador na estipulação do contrato de trabalho, pois o salário mínimo é norma imperativa de caráter público que concretiza o direito fundamental suscitado no texto constitucional atribuindo valor mínimo devido ao trabalho subordinado.

O *piso salarial* previsto no Artigo 7º, inciso V da CRFB também é uma concretização do princípio da suficiência salarial, sendo regulado pela Lei Complementar 103/2000. Este instrumento leva em consideração a noção de que o Salário Mínimo não seria capaz de regular as desigualdades econômicas e sociais de cada Estado Federação, enquanto instrumento jurídico que autoriza os Estados Federais a criar mínimo salarial superior ao estipulado pelo salário mínimo aos trabalhadores que não sejam regulados por convenção ou acordo coletivo. Observa-se que em verdade o instrumento não mostra-se eficaz, pois a grande maioria dos trabalhadores é regido por negociação coletiva, o que exclui a aplicação do Piso Salarial.

do salário ao custo da produção. Para conter o descontrole econômico foi lançado o *Programa de Estabilização Econômica* criado pela Lei n. 8.880/1994 que proibiu a vinculação da estipulação do Salário Mínimo para qualquer fim, eliminando do sistema jurídico o meio da proteção da quantia salarial denominado de correção salarial automática que visava preservar o valor real do salário em função do acréscimo inflacionário, passando a fixar a denominada *data base anual* para realização de reajuste ou aumento salarial mediante negociação coletiva.

Diminuiu-se a interferência do Estado na fixação dos salários, fazendo com que as categorias de trabalhadores tenham que se utilizar da negociação coletiva ou na sua ausência do contrato de trabalho para auferir reajustes ou aumentos reais de salários, sendo que em hipótese alguma se pode pactuar salários abaixo dos mínimos legais.

²¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. Página 830

²¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. Página 248

Outro preceito constitucional que vise tutelar o princípio de suficiência salarial decorre do Artigo 7º Inciso VII pelo qual garante ao trabalhador que perceba remuneração variável composto por produção, tarefa ou comissão a garantia do adimplemento do *salário mínimo* mensal, ou seja, ainda que pelo seu trabalho não alcance valor correspondente ao salário mínimo o empregador deve garantir este sem qualquer compensação futura. Neste sentido é possível afirmar que em qualquer atividade o salário mínimo deve ser garantido mensalmente, ainda que o salário seja calculado mediante remuneração variável.

1.4. O princípio da irredutibilidade salarial

A concepção de irredutibilidade salarial é construída pela previsão constitucional exposta no Artigo 7º, VI ao referir que é vedada a “*irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*”. A origem da figura da irredutibilidade salarial decorre em sentido amplo e sem amparo expresso na legislação do princípio civilista da *pacta sunt servanda* no âmbito laboral, limitando as alterações prejudiciais ao trabalhador exposto expressamente no Artigo 486 da CLT.

A CLT autorizava expressamente a possibilidade de redução salarial mediante dois critérios, com a comprovação de dificuldade econômica do empregador ou em situação de força maior. Com o advento da CRFB estes preceitos legais foram tacitamente revogados, pois manifestamente contrários a literalidade do texto constitucional, vigorando a ideia exposta de redução salarial condicionada à negociação coletiva. Portanto da mesma forma que o texto constitucional garantiu a *irredutibilidade do salário*, também criou uma exceção a esta norma, no qual determina que o mesmo pode ser reduzido mediante negociação coletiva.

Construiu-se o entendimento restritivo sobre o real alcance constitucional que autoriza a negociação coletiva reduzir salários, entendendo que deve ser comprovado o caráter globalmente mais vantajoso aos trabalhadores da negociação coletiva para que a restrição salarial seja considerada válida, incumbindo ao judiciário a função de determinar a verificação material deste requisito, por compreender restrição à direito fundamental.²¹⁸ Entende-se que esta concepção restritiva não deve prevalecer pois em última análise incumbe às próprias partes a estipulação dos termos negociados bem como em função da

²¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 842

força vinculante da negociação coletiva de trabalho, que também corresponde a direito fundamental.

1.5. Igualdade e proibição de discriminação salarial

O regime jurídico brasileiro tutela o *princípio da igualdade salarial*, também denominada por alguns autores como *princípio da isonomia salarial*, ainda que para nós sejam institutos distintos, sendo expressamente reconhecido na norma constitucional²¹⁹. Além das disposições sobre a igualdade em sentido geral, a CRFB refere expressamente sobre a igualdade salarial no Artigo 7º, Incisos XXX e XXXI ao vedar “*diferenças por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*” ou ainda “*por ser trabalhador portador de deficiência*”.²²⁰

O sistema de proteção e promoção de igualdade decorre essencialmente das regras de equiparação previstas no Artigo 461 da CLT. Esta norma busca equiparar o salário de um trabalhador a outro que exerça mesma atividade, na mesma empresa, de mesma localidade com diferença de tempo não superior a dois anos e que o trabalho realizado possua a mesma perfeição técnica, assim entendida a qualidade, produtividade e quantidade, critérios que são sintetizadas na Súmula n.º 6 do Supremo Tribunal do Trabalho. Assim o trabalhador que comprovar estes requisitos e perceber salário inferior terá seu salário equiparado ao trabalhador tido como *paradigma*.²²¹

Para que seja reconhecida a equiparação salarial deve se constatar o serviço de igual valor em quantidade e qualidade, mesmo empregador, não sendo considerado filiais ou grupos econômicos, mesma localidade, ou seja, mesma zona socioeconômica. Há também os requisitos que impedem o reconhecimento da equiparação salarial como a diferença do tempo de serviço em mais de dois anos e a existência de quadro organizado de carreira estabelecido por negociação coletiva.²²² Ao ser verificado no caso em concreto

²¹⁹ Ainda que o instituto tenha sua origem no sistema jurídico na a Constituição de 1934 pelo Art. 121, § 1º, a, dispondo que “*A proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil*” é com o advento da CFRB que a igualdade salarial ganha corpo enquanto instituto integrado no sistema de proteção aos direitos laborais.

²²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Ed Saraiva: São Paulo. 2002 Página 105.

²²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXIRA, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho 19ª edição*. São Paulo: LTr. 2000 Página 439

²²² Deve-se destacar que Orlando Gomes entende que empregados de diferentes filiais podem ter seu salário equiparado, ao contrário Russomano e Süsskind. Outro requisito suscitado pelos referidos autores é a necessidade dos trabalhadores terem exercido atividade de forma simultânea, pois essencialmente a equiparação busca eliminar distinções salariais indevidas, não se podendo igualar atividades que não ocorreram simultaneamente.

os referidos requisitos aquisitivos e obstaculativos o trabalhador poderá reivindicar a equiparação salarial em virtude de uma distinção salarial considerada irrazoável frente ao primado da igualdade, sendo devido o salário do trabalhador paradigma, excluídas suas vantagens pessoais.²²³

A crítica que se faz ao instrumento jurídico da equiparação salarial consubstanciada na Súmula 6 do TST decorre do aparente desvirtuamento da aplicação do princípio constitucional da igualdade geral e da igualdade salarial. A equiparação salarial não deve perder seu fundamento elementar de que a construção dogmática da igualdade salarial tem como finalidade evitar discriminações, e neste sentido, deve sempre considerar os fatores da situação jurídica concreta, a partir de critérios determinados que se impeçam tratamentos salariais injustificáveis.

A análise da equiparação exprime uma presunção discriminatória, mas que na análise do caso em concreto esta conduta não se mostrar presente na distinção salarial por diferentes razões não deve ser reconhecida a equiparação. Neste sentido não se concorda com o atual cenário que se busca inclusive o reconhecimento da denominada *equiparação em cadeia*²²⁴ de trabalhadores que sequer realizaram atividade simultaneamente ou mesmo criar um status onde a equiparação é presumida nos casos em que há diferenças salariais.²²⁵ Nota-se que louvável o instituto da equiparação salarial, que atribui ao empregador o ônus de justificar diferença salarial à trabalho igual, mas que por vezes tem se descolado de seu real fundamento, o de promover igualdade na relação de trabalho.

A igualdade salarial é posta de forma diversa quando ocorre a substituição temporária e não eventual de trabalhador, pelo qual é garantido ao trabalhador substituto os mesmos parâmetros salariais do substituído, desde que estes lhe sejam mais benéficos conforme Súmula 159 do TST.²²⁶ Ressalta-se também os institutos do desvio e acúmulo

²²³ Nesta perspectiva entende que é possível a denominada *equiparação em cadeia* DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho isonomia salarial*. São Paulo: Manole. 2004. Página 67. No mesmo sentido: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego, estrutura geral e supostos*. São Paulo: Ltr. 2005. Páginas 146-147

²²⁴ Entendemos que não há como conceber conduta discriminatória de empregados que realizaram atividades em períodos distintos, pois em última análise, não se deve exigir ou sequer esperar do empregador condutas de igualdade absoluta, pois é natural da essência humana distinguir, o que se deve tutelar são condutas discriminatórias, e estas sim devem ser expurgadas das relações de trabalho e do mundo jurídico. Neste sentido a questão da “*equiparação em cadeia*” foi analisado pelo TST no Ac. Tribunal Superior do Trabalho de 13/03/2009, Proc. 318/2007-109-03-00.4, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/04/2018. Foi suscitado a tese de que de sucessivas equiparações obtidas por via judicial, capaz de criar a desestruturação do sistema salarial do empregador.

²²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. Página 822

²²⁶ Súmula nº 159 do TST. “I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído”.

de função pelo qual o trabalhador tem o direito de perceber acréscimo salarial no caso de desenvolver de forma habitual atividade com maior responsabilidade ou em acréscimos aquelas pelo qual foi contratado. Nota-se uma verdadeira banalização dos referidos institutos com a finalidade de justificar acúmulos de atividades compatíveis com as contratas e portanto dentro do sinalagma jurídico e neste sentido não correspondem a acréscimos salariais.²²⁷

1.6. O regime de garantias salariais

O texto constitucional e a legislação laboral classicamente articulam uma série de proteções jurídicas ao crédito salarial de modo a viabilizar a sua livre e imediata percepção pelo trabalhador, e a fazer com que o salário atenda suas necessidades essenciais. É identificável que o sistema de proteção possui três campos de atuação relativamente definidos, as proteções destinadas à evitar abusos do empregador no cumprimento do dever retributivo, as proteções que impedem o esgotamento do salário pelos credores do próprio trabalhador e as proteções que limitem satisfação dos salários pela supressão do patrimônio do empregador no caso de insolvência.

Além dos já referidos direitos fundamentais relativos ao salário, verifica-se também que o texto constitucional brasileiro tipificou como crime a conduta do empregador em reter de forma dolosa o salário nos termos do Artigo 7º, X, contudo esta disposição carece de regulação legislativa quanto a definição do referido tipo penal, não sendo possível a eficácia direta do direito neste âmbito. Em que pese o referido dispositivo não tenha sido regulado, verifica-se pelo disposto na norma constitucional a enorme vocação protetiva do sistema fundamental em relação ao salário, servindo esta vocação para o desenvolvimento das demais normas infraconstitucionais. Destaca-se também que o Brasil aprovou a Convenção n. 95 da OIT sobre os meios de proteção salarial pelo Decreto-legislativo n. 24 de 26-5-56 e promulgado pelo Decreto n. 41.721, de 25-6-57, norma internacional já exposta de aplicação no regime laboral.²²⁸

²²⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à CLT, vol. I, 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1990. Página 465. Neste sentido Ac. Tribunal Superior do Trabalho de 17/08/2012, Proc. 110000-17.2009.5.03.0043, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/04/2018. Pelo qual não concedeu o acréscimo salarial em função de que as atividades desenvolvidas seriam compatíveis com as contratas.

²²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. Página 306

1.6.1. Critérios de tempo, local e forma do pagamento salarial

Com a finalidade de evitar excessos do empregador e regular o importante ato concernente ao adimplemento do salário a legislação dispõe de normas sobre o tempo, os meios e ao lugar.

Inicialmente se destaca que o adimplemento do salário deve respeitar a regra de periodicidade máxima mensal, ou seja, o lapso temporal máximo para o cálculo do salário é determinado pelo critério mês, aplicável a todas as parcelas salariais habituais e determinadas como dispõe o Artigo 459 da CLT. O Parágrafo único do referido artigo situa que o prazo máximo para a satisfação do salário mensal corresponderá até o 5º dia útil do mês posterior, consolidando a norma de pós remuneração. O Artigo 465 da CLT dispõe que a efetuação do pagamento deve ser realizada dentro do horário laboral ou imediatamente após. Estas nos visam evitar que o trabalhador tenha que dedicar do seu tempo de descanso para perceber a remuneração que lhe é devida em decorrência do contrato de trabalho. O referido artigo também dispõe que o pagamento deve ocorrer no local de trabalho, salvo nas hipóteses em que não for possível, não devendo ser realizado em local inadequado.²²⁹

O incumprimento da obrigação salarial situa o empregador em estado de mora com o trabalhador, sendo que no caso do empregador descumprir por período superior à três meses o trabalhador poderá requerer a rescisão contratual indireta conforme o Artigo 483, d) da CLT.

Nota-se que o empregador é responsável pelo cumprimento da obrigação retributiva, sendo incumbido a comprovação daquela mediante documento com a assinatura de recebimento do trabalhador, sendo admitindo o comprovante de transferência bancária para demonstrar o cumprimento da obrigação.²³⁰

O salário será calculado e satisfeito mediante a utilização de unidade de moeda nacional (Real), sendo absolutamente irregular a utilização de cartas de crédito, bônus, cupons ou mesmo a vinculação do valor ao fornecimento de mercadorias específicas que possam configurar o “*truck system*”. A fixação de pagamento de salários em moeda nacional serve para impedir que se possa conspirar contra a valorização da moeda nacional ou mesmo evitar que o pagamento seja realizado em moeda que possa

²²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Página 851

²³⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. FILHO, TEIXIRA. João de Lima. *Instituições de direito do trabalho 19ª edição Vol. I*. São Paulo: LTr. 2000. Página 486

perder o poder de compra ou liquidez, tendo como exceções os casos em que o trabalhador brasileiro seja transferido para o exterior (Lei 7.064 de 1982) ou quando trabalhador estrangeiro seja contratado para realizar atividade de curta duração no território brasileiro (Decreto-lei n. 691 de 1969).²³¹

A consequência de estipular o salário em moeda estrangeira ou meio de retribuição “paralelo” é consubstanciada na invalidade da cláusula e conversão dos valores estipulados para a moeda nacional pelo câmbio da data em que devida à parcela, sem que o contrato seja nulo, pois neste caso o trabalhador seria lesado por conduta do empregador.²³²

Como já referido, a ordem jurídica permite que o empregador retribua mediante utilidades, denominada de *salário in natura*, devendo-se respeitar o limite de trinta por cento do valor do *salário mínimo* em moeda corrente líquida como dispõe o Artigo 82 da CLT. Neste sentido o Artigo 458 dispõe que o trabalho poderá ser pago em dinheiro ou em utilidade, sendo a última destinada a atender as necessidades individuais do trabalhador. A utilidade deve possuir um mínimo de adequação ao trabalhador, de modo que se não recebesse deveria desprender do seu próprio salário para adquiri-los, tal como habitação, transporte, vestuário ou outros objetos in natura. Ressalta-se que o *salário utilidade* não pode corresponder à substância entorpecente, bebida alcoólica ou mesmo substância que prejudique a saúde do trabalhador, como expõe a Súmula 367, II do TST, que proíbe o fornecimento de cigarros.²³³

Outro meio de proteção não corresponde diretamente a forma com que o salário é satisfeito, e sim com a limitação de *descontos salariais*, também denominada de intangibilidade salarial, exposta no Artigo 462. A regra geral afirma não ser permitido qualquer desconto salarial, contudo o próprio artigo dispõe sobre as exceções, sendo estas as que decorrerem de lei específica²³⁴, de negociação coletiva ou nas hipóteses em que o trabalhador der causa à prejuízo ao empregador (quebra de máquina), desde que haja dolo ou culpa no seu ato. Inicialmente destaca-se que a intangibilidade dos salários e o princípio da suficiência salarial impõe o respeito do valor do *salário mínimo* como limite

²³¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. Página 238

²³² Neste sentido o Ac. Tribunal Superior do Trabalho de 20/05/2009, Proc. 1299336-04.2004.5.01.0900, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/04/2018. Ao determinar a convenção do salário para moeda nacional.

²³³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. Página. 240

²³⁴ Surgem inúmeros descontos autorizados pela legislação pelos quais se destacam, custeio do vale transporte (Leis n.º 7.4181/85 e 7.619/87), ressarcimento do aviso-prévio do empregado (Artigo 487 da CLT), contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91), empréstimo financeiro contratado pelo trabalhador (Lei n.º 10.802/03), entre outras disposições.

ao desconto, considerando-se irregular aquele que limite a quantia salarial inferior ao *salário mínimo*.

O desconto decorrente de dano causado pelo trabalhador ao patrimônio do empregador exige que seja comprovado o ato doloso ou que o ato decorra de negligência, imperícia ou imprudência, não bastando que o ato decorra simplesmente da conduta acidental do trabalhador.

Em relação aos descontos decorrente de negociação coletiva existe, por amparo legal, o entendimento consubstanciado no sentido de que quando for realizado em benefício direto do trabalhador estaria devidamente justificado.²³⁵ Ainda que a legislação não disponha expressamente sobre a possibilidade do trabalhador aderir a determinado plano ou condição cujo desconto será auferido no pagamento do salário o TST dispõe na Súmula 342 que “*descontos salariais efetuados pelo empregador com a autorização prévia e por escrito do empregado para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativa associativa dos seus trabalhadores, em seu benefício e dos seus dependentes, não afrontam o disposto pelo art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico*”.²³⁶

Outra questão decorre da quantia que o empregador pode descontar do montante oriundo da rescisão de o contrato de trabalho no caso do trabalhador possuir no caso de haver valores pendentes. Há o entendimento de que na ocasião da rescisão contratual o empregador poderia descontar ou compensar a totalidade dos valores devido pelo trabalhador, ainda que isto comprometa o valor da rescisão, com fundamento de que dificilmente o empregador irá alcançar estes valores após a rescisão. Em sentido contrário, afirma-se que mesmo na rescisão o empregador terá como limite o valor de um salário, conforme disposto no Artigo 477 §5º da CLT, o que faz sentido, pois a limitação indiscriminada de valor rescisório pode comprometer de forma mais grave do que nos salários, tendo em consideração que o trabalhador tem como fonte de rendimento e meio de subsistência o vínculo laboral.²³⁷

²³⁵ A negociação coletiva não pode estabelecer contribuição sindical a título de desconto no salário do trabalhador sem o seu consentimento quando ele não for sindicalizado em função do princípio da liberdade sindical (Artigo 5º, XX e Artigo 8º, V). Neste sentido a OJ 17 SDC e a Súmula vinculante 40 do STF.

²³⁶ Em complemento à referida súmula destaca-se a OJ 160 da SDI-I pelo não se pode presumir vício na vontade do trabalhador em função da subordinação jurídica.

²³⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2017. Página 468. Verifica-se o Ac. Tribunal Superior do Trabalho, de 21/05/2014 Proc. 0000673-89.2012.5.04.0404, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/05/2018. Sobre a limitação de desconto salarial na rescisão contratual.

1.6.2. Proteções jurídicas contra credores do empregador

O sistema jurídico brasileiro estabelece um grande conjunto de garantias e proteções ao crédito trabalhista em confronto a outros credores do empregador, derivado da ideia de que o direito material perderia efetividade se os créditos não se concretizassem em benefício ao trabalhador. Estas proteções são divididas em três hipóteses centrais, a ampliação da responsabilidade pelas dívidas laborais além da figura específica do trabalhador mediante a figura da responsabilidade *solidária e subsidiária*, às situações de recuperação judicial e extrajudicial e o privilégio dos créditos em situação de falência do empregador.²³⁸

A proteção jurídica do salário através da responsabilidade trabalhista busca criar mecanismos de ampliação das garantias da remuneração dos trabalhadores para além do patrimônio do devedor, não sendo um mecanismo tipicamente laboral, tendo sua origem em outros ramos do direito, especificamente no direito civil das obrigações e no direito comercial, porém foi incorporado ao sistema jurídico trabalhista, em alguns casos de forma excessivamente protecionista. Como expõe Godinho Delgado, o cerne sobre a existência ou não de responsabilidade corresponde a saber se juridicamente *é viável ou não responsabilizar um terceiro beneficiário da força de trabalho pelas dívidas trabalhistas do efetivo empregador desta força laboral?*

Ressalta-se que a resposta desta tipologia envolve uma análise bastante profunda, pelo qual buscaremos analisar o atual cenário e destacar os pontos de maior relevância enquanto mais um contributo para satisfação dos créditos laborais.

Apresenta-se inicialmente as figuras assimiladas ao próprio empregador, como ocorre com os entes de um mesmo grupo econômico ou de domínio bem como situações onde existe a cedência²³⁹ de serviços como por exemplo o trabalho terceirizado e o trabalho temporário. Nestes casos o entendimento é pacífico no sentido de haver responsabilidade trabalhista entre os sujeitos. Ressalta-se que a legislação avançou muito lentamente quanto ao tema da responsabilidade de figuras próximas ao empregador ou mesmo nos casos onde ocorre a cedência de trabalho, motivo pelo qual a jurisprudência

²³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 905

²³⁹ Em relação ao tomador de serviços envolvendo a figura do *dono da obra* o entendimento é que aquele que contrata o serviço de obra certa não deve ser responsável por eventuais dívidas laborais, em decorrência do Artigo 455 da CLT e da OJ 191.

consolidou o entendimento consubstanciado na Súmula 331 do TST, sendo a principal fonte para análise da responsabilidade.²⁴⁰

A responsabilidade exposta pela Súmula 331 é dividida em subsidiária e solidária ao dispor que a “*contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário*”, bem como “*A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral*”. Entende-se que quando houver a contratação de serviço por empresa interposta de forma irregular poderá se ventilar o vínculo empregatício, havendo responsabilidade solidária sobre os créditos laborais, por outro lado, quando o contrato for válido o tomador dos serviços é responsável subsidiariamente aos créditos laborais, ou seja, após esgotado a satisfação dos créditos pelo empregador principal.

Destaca-se que recentemente foram aprovadas as mais significativas e controversas alterações no sistema jurídico-laboral brasileiro, atribuída pela Lei n. 13.429/17 também denominada de lei da terceirização e pela Lei n. 13.467/17 denominada de reforma trabalhista que altera significativamente o texto da CLT. As alterações legislativas propostas são extensas e modificam substancialmente o modelo jurídico-laboral em exame, do qual iremos destacar os pontos que afetam de forma direta o presente estudo.

A nova lei que regulamentou a denominada terceirização, ou seja, utilização de contratos de prestação de serviço e contratos de trabalho temporário, modificou o até então entendimento sobre a impossibilidade de se contratar trabalhadores para executar atividade fim da empresa ao dispor pelo Art. 10º que “*Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário*”. Respectivamente quanto à responsabilidade, manteve-se o entendimento de que tanto o empregador quanto o tomador de serviços respondem subsidiariamente, como consubstanciado no Artigo 5º-A § 5º “*A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias*”. Nota-se que a alteração promovida pela Lei de Terceirização não modificou o entendimento consolidado quanto a

²⁴⁰ DELGADO. Mauricio Godinho. *Salário – Teoria e Prática*. Ed. Del Rey: Belo horizonte. 1987. Página 75

responsabilidade existente do tomador do serviço com a empresa de trabalho temporário ou a empresa de prestação de serviço.

Outros mecanismos de proteção jurídica ao salário decorrem dos casos em que o empregador se encontra em situação econômica desfavorável, como à recuperação judicial ou extrajudicial ou mesmo em situação de falência.

A recuperação judicial é regulada pela Lei 11.101/2005 (Lei de Falências) e dispõe sobre um meio de proteção empresarial em situação de crise financeira. Como regra o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso de todas as ações de execução em face do devedor. A recuperação judicial tem efeitos diretos no direito do trabalho, pelo qual o Artigo 54 da referida lei dispõe que os créditos de natureza salarial vencidos nos últimos três meses anteriores ao pedido da recuperação judicial, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, devem ser pagos em até trinta dias. Esta determinação busca garantir o denominado *salario latente* que não foram adimplidos pouco antes do aceite do pedido de recuperação.

Em contraponto a referida disposição é determinado o prazo de até um ano para satisfação dos demais créditos laborais ou decorrentes de acidente de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial, ou seja, os créditos laborais vencidos anteriormente são suspensos para regularização da saúde financeira da entidade empresarial. Nota-se que a referida disposição foram muito criticadas pela doutrina jus-trabalhista em função da proteção à manutenção da atividade das empresas em detrimento dos seus credores, que por outro lado, não houve um aprofundamento real em relação a real intenção legislativa em garantir a saúde financeira e o funcionamento da empresa e consequentemente para manutenção dos postos de trabalho.²⁴¹

Nas situações em que ocorre a falência do empregador é constituído um concurso global de credores do falido, em situação quase inevitável de insuficiência patrimonial perante todas as dívidas da denominada *massa falida*. Esta insuficiência provoca a necessidade acerca da criação de hierarquia entre os credores, onde a ordem jurídica busca assegurar efetivas vantagens aos credores trabalhistas mediante a figura do privilégio creditório. Os créditos laborais estão no topo da ordem de preferência, iniciando-se pelo crédito laboral acidentário (Artigo 7º, XXVIII da CF/88 e Artigo 83 inciso I da Lei n. 11.101/05) sem limitação de valores, seguido pelo crédito laboral não decorrente de acidente de trabalho (Artigo 83 inciso I da Lei n. 11.101/05 e Artigo 449

²⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Páginas 918 - 920.

da CLT) até o limite de cento e cinquenta salários mínimos por trabalhador²⁴², seguido pelo crédito tributário, encargos da massa falida, direitos reais de garantia, privilégios especiais sobre determinados bens, privilégio geral e por fim créditos quirografários. O crédito laboral não decorrente de acidente de trabalho superior ao limite de cento e cinquenta salários é enquadrado como quirografários, sem nenhuma garantia de preferência.²⁴³

1.6.3. Proteções jurídicas contra credores do empregado

Além das já referidas garantias salariais o sistema jurídico tutela o crédito salarial quando confrontado com execução de credor do trabalhador, pois visa-se impedir que os credores esgotem o salário e coloque em risco sua subsistência.

Nesta perspectiva é concedido a *impenhorabilidade* às verbas salariais, não podendo sofrer constrição extrajudicial ou judicial, nem podendo cumprir papel de lastro a qualquer crédito contra o trabalhador. A referida norma é exposta no Artigo 649, IV do CPC e somente não é aplicável para o caso de pagamento de alimentos devido pelo trabalhador em função de dependentes. Nota-se que a impenhorabilidade não limita-se somente aos salários, mas inclusive em relação à parcelas indenizatórias oriundas da relação laboral.²⁴⁴

Ainda que não seja efetivamente penhora, este há o entendimento em função da referida norma que o empregador não poderá compensar dívidas não trabalhistas com os créditos salariais, conforme exposto na Súmula 18 do TST.

²⁴² A disposição da antiga lei de falências (Dec.-lei n. 7.661/45) em contraponto ao disposto na referida legislação, não dispunha de nenhum limite ao crédito laboral não decorrente de acidente de trabalho, motivo pelo qual foi questionada a constitucionalidade da disposição. O Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 27.5.2009, julgou a ADI 2.934-2 DF, mediante voto relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski declarando compatível com o texto constitucional a regra contida no art. 83. I e IV, da lei n. 11.101 05, preservando válido, desse modo, o teto restritivo do privilegio conferido aos créditos trabalhistas Introduzido na ordem jurídica pelo novo diploma legal.

²⁴³ ALMEIDA, Amador Paes de. *Os direitos trabalhistas na falência e concordata do empregador*. São Paulo. LTr. 1996. Página 108

²⁴⁴ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. Página 763

2. A proteção do salário no sistema jurídico de Espanha

O desenvolvimento sobre a proteção salarial no sistema jurídico de Espanha será feito com o intuito de complementar e concretizar os princípios salariais expostos no capítulo anterior, até então desenvolvidas de forma abstrata, pelo qual o estudo será construído no âmbito constitucional e infra constitucional com referência de julgados sobre os pontos de análise do estudo.

Observa-se que o tratamento jurídico do salário no sistema jurídico de Espanha é complexo, como não poderia deixar de ser diante da relevância da matéria, e cujo a composição é derivada de distintas fontes pelo qual na última década vem gradativamente sendo alterado sob o pretexto de adequação da legislação aos padrões econômicos modernos e mais flexíveis. Com isso destaca-se que o sistema salarial é composto por uma diretriz constitucional em sentido abstrato que é estruturada em alguns aspectos pela legislação ordinária e outros pela negociação coletiva, sendo que o contrato individual de trabalho possui uma função muito limitada na estipulação salarial.²⁴⁵

Devido ao caráter de meio de subsistência, ao fato de ser a maior fonte de renda da grande maioria da população e um elemento essencial na política econômica nacional o salário não poderia ficar à margem de regulações dos poderes públicos, pelo qual o sistema jurídico trabalhista de Espanha impõe uma relativa limitação quanto a livre disposições e estipulação dos salários bem como cria um verdadeiro sistema jurídico de proteção com normas que se integram de forma lógica e harmônica com a nítida finalidade de tutela do crédito laboral, em conciliação à força vinculante dos convênios coletivos, direito constitucional com caráter fundamental.²⁴⁶

O estudo do sistema de proteção ao salário em Espanha será realizado a partir de breve exposição sobre os antecedentes históricos, fundamentos e disposições relacionadas ao salário na Constituição Espanhola de 1978, para a partir de então se desenvolver a legislação ordinária. Serão analisadas às disposições legais sobre o sistema salarial, que é majoritariamente condensada no *Estatuto de los Trabajadores*, pelo qual buscaremos desenvolver o enquadramento e a natureza jurídica do salário neste regime jurídico e a problematização existente entre contrapartidas do empregador de caráter

²⁴⁵ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Alvarez de la. Derecho del Trabajo, Vigésimoquinta edición. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces. 2017. Página 629

²⁴⁶ MELLADO, Carlos L. Afonso. *Salarios y negociación colectiva. In Estudios sobre el salario*. Ed. Bomarzo. Albacete: 2004. Página 10

extras salarial. Também será desenvolvida a estrutura jurídica dos salários, o princípio de suficiência reconhecido através da figura do *Salário Mínimo Interprofissional*, o princípio de igualdade salarial e suas concretizações bem como outras garantias com a finalidade de efetivação do crédito salarial.

2.1. O contrato de trabalho na Constituição de Espanha de 1978

A tutela nas relações de trabalho ocorre de forma até então inédita em 1873 com a regulação sobre o trabalho de menores, porém somente na Primeira República Espanhola que surgem às primeiras manifestações sistematizadas com a *Lei Benot*.²⁴⁷ A constitucionalização da matéria laboral em Espanha ocorreu através da Constituição de 1931 ao referir no Artigo 1º a nação como “*uma República democrática de trabalhadores de toda a classe*” reconhecendo outros direitos aos trabalhadores não relacionados à material salarial. Com o advento da *Era Franquista* houve um período de intensa intervenção estatal nas regulações laborais especialmente no controle dos sindicatos e nas manifestações coletivas, e na própria atividade econômica do estado, dando origem a intensa produção legislativa. No período pós franquismo ocorre uma mudança substancial no direito do trabalho decorrente da alternância do regime autoritário para o democrático, que resultou no advento da *Ley de Relaciones Laborales* de 1976 com concepção menos intervencionista nas relações laborais.²⁴⁸

O desenvolvimento do conteúdo salarial exposto na legislação se inicia pela exposição dos fundamentos e valores contidos na Constituição de Espanha de 1978 e a forma com que a constituição reconheceu a relação laboral. Com o advento da Constituição de Espanha de 1978 surge uma nova ordem político-jurídica fundamentada na democracia, no respeito dos direitos fundamentais e no reconhecimento de direitos sociais pelo qual o direito do trabalho alcança o reconhecimento constitucional, afirmando uma série de direitos laborais específicos e gerais. O Artigo 1.1 da Constituição declara que a Espanha constitui um estado social e democrático de direito, com o compromisso de garantir tanto os valores sociais como as liberdades individuais, entre outras inúmeras disposições relacionadas ao Estado Social de Direito, concretizando a

²⁴⁷ MELGAR, Alfredo Montoya. Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de Españã. Madri: Cívitas. 1975. Página 9

²⁴⁸ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. Página 77

ideia constitucionalização dos direitos laborais, serão desenvolvidos os aspectos constitucionais relacionados ao salário.²⁴⁹

Diretamente relacionada com a proteção salarial à CE dispõe que o estado é fundado em três instituições básicas, quais sejam, os partidos políticos, as forças armadas e as entidades representantes de classes, compostas pelos sindicatos de trabalhadores e as associações de empresários. Ressalta-se que a constituição dispõe de diferentes formas os direitos nela constituído, com maior ou menor nível de tutela, sendo que o Capítulo II da CE trata dos *derechos y libertades* em que o direito laboral é elevado a *dereito fundamental*, respectivamente quanto às matérias envolvendo liberdade e autonomia sindical e direito de greve (Artigo 28 da CE), sendo atribuído a estes direitos o maior nível de proteção jurídica.²⁵⁰

Entre os *dereitos e deberes dos cidadãos de Espanha* é previsto o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, a livre escolha de profissão ou ofício, a promoção da vida social através do trabalho e o direito do trabalhador à perceber uma remuneração suficiente capaz de satisfazer suas necessidades²⁵¹ (Artigo 35), o direito à negociação coletiva e o reconhecimento da força vinculante dos convênios coletivos (Artigo 37.1). O Capítulo III da CE dispõe sobre *os princípios diretores da política social e econômica e enumera diversas normas de caráter laboral* em que os poderes públicos devem realizar uma política ordenada ao pleno emprego orientada à formação e readaptação profissional, exposto no Artigo 40, 1 e 2.²⁵²

A CE se estabelece três diferentes níveis de proteção jurídica aos preceitos nela consagrados, sendo que o grupo de direitos que gozam de maior grau de proteção são os expostos na Seção 1 do Capítulo II do Título I sob a denominação de *dereitos fundamentales*, em que é atribuído a este catalogo de direitos um procedimento específico de revisão constitucional (Artigo 168 CE), a exigência de legislação especial para sua revisão (Artigo 81 CE), procedimento jurisdicional preferencial e sumário e a

²⁴⁹ MACARENA, Castro Conte. *El sistema normativo del salario: Ley convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*. Ed. Dykinson. Madrid: 2007. Página 30

²⁵⁰ LUÑO. Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Página 57.

²⁵¹ Em decorrência da vinculação direta do preceito constitucional com o tema em estudo o Artigo 35 da CE será transcrito para melhor compreensão de seu enunciado e de sua extensão: “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación*”. Neste sentido é reconhecido expressamente o princípio de suficiência salarial e o princípio da igualdade salarial no texto constitucional.

²⁵² MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. Página 91

possibilidade de recurso ao Tribunal Constitucional para defesa destes direitos (53.2). Estas são as garantias mais importantes da jurisdição constitucional de Espanha e limitam-se aos referidos direitos fundamentais.²⁵³

Um segundo nível de proteção jurídica é destinado ao referido grupo de direitos fundamentais e inclui também a Seção 2º do capítulo II do Título I denominado de *direitos e deveres dos cidadãos*, dispondo sobre a vinculação e aplicação direta de todos os poderes públicos sem necessária regulação específica consagrando a denominada eficácia direta e horizontal dos direitos fundamentais (Artigo 53.1 CE), regulação só pode ser realizada por lei (53.1) e obrigação do legislador respeitar o conteúdo essencial destes direitos (Artigo 53.1 CE). O terceiro grupo de direitos goza de um nível de proteção menor e é integrado pelos princípios diretores da política social e econômica exposta no Capítulo III do Título I. A proteção constitucional refere que tais princípios integraram e informam a legislação.²⁵⁴

É reconhecido um intenso modelo constitucional de proteção aos direitos laborais, sobre tudo em relação ao reconhecimento constitucional ao princípio da suficiência e igualdade salarial pelo qual o poder público tem o dever de zelar sua tutela e é imposto limite à revisão legislativa, que no caso de restrição ao direito deve necessariamente respeitar seu conteúdo essencial. Afirma-se que a CE de 1978 reconhece a importância do valor social e econômico do trabalho enquanto meio de liberdade e igualdade dos cidadãos, outorgando expressamente (Artigo 35.2) poderes ao legislador regular a matéria laboral, o qual se faz pelo texto refundido do ET de 2015, o qual passa-se a desenvolver o sistema remuneratório laboral.

2.2. Conceito, finalidade e estrutura salarial no Estatuto de Los Trabajadores de 2015

A retribuição econômica ao trabalho prestado é o elemento fundamental do sinalagma jurídico da relação laboral, sendo que o abono da retribuição econômica corresponde à obrigação primordial do empregador, havendo uma estreita relação entre a obrigação de trabalhar e o dever de remuneração. Este entendimento bem como a denominação da expressão *salário*²⁵⁵, para a designação da retribuição econômica do

²⁵³ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional. Vol II, Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores, instituciones y órganos constitucionales. 3ª Edición*. Madri: Tecnos. 2008. Página 340

²⁵⁴ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional*. Página 343

²⁵⁵ Em Espanha o vocábulo “salário” possui um amplo catalogo de termos sinônimos utilizados para identificar esta mesma figura, tanto nas expressões jurídicas como nas coloquiais. O próprio Estatuto dos

empregador, possuem escopo no texto legal, sendo elemento fundamento para configuração da existência do próprio contrato de trabalho (Artigo 1.1 e 8.1 do ET) e enquanto direito do trabalhador (Artigo 4.2, f)).²⁵⁶

A importância da conceituação do salário decorre da concepção de que, além dos outros aspectos sociais referidos envolvendo a proteção do trabalhador enquanto sujeito vulnerável da relação laboral e do salário enquanto elemento de manutenção do meio de vida do trabalhador, este também atua como referência para a percepção de outros direitos laborais e reflete em outras normas não laborais decorrentes do Estado Social, como as contribuições de segurança social e derivadas do direito fiscal.²⁵⁷

Ainda que não seja devidamente aprofundado os antecedentes históricos relacionados à regulação do salário em Espanha, deve-se ponderar que a mesma existe desde a entrada em vigor da Lei de Contrato de Trabalho de 1931 decorrente do Artigo 27, posteriormente na Lei de Contrato de Trabalho de 1944 no Artigo 37 e atualmente o sistema jurídico do salário é estruturado pelos Artigos 26 à 33 do capítulo II, sessão 4º do Estatuto dos Trabalhadores de 2015²⁵⁸.

A conceituação e regulação da estrutura salarial é exposta no Artigo 26 do ET ao referir que *“la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”*.²⁵⁹

O conceito exposto na legislação apresenta três elementos fundamentais, quais sejam, *o seu carácter global, a contraprestação a cargo do empresário e o conteúdo*

Trabalhadores apresenta uma certa variedade de denominações como remuneração e retribuição para se referir ao termo salario. No mesmo sentido são as denominações para designar complementos salariais específicos tal como os prêmios, comissões, gratificações, incentivos entre outros. Ainda que possam existir distintas denominações para um mesmo instituto, deve-se observar o sentido exposto no conceito legal aprestado para distinguir parcelas de natureza salariais e extrassalariais.

²⁵⁶ VILLALÓN, Jesús Cruz. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Página 275

²⁵⁷ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 648.

²⁵⁸ MELLADO, Carlos L. Afonso. *Salarios y negociación colectiva. In Estudios sobre el salario*. Ed. Bomarzo. Albacete: 2004. Página 13. Deve-se referir que a atual regulação do salário regida pela negociação coletiva decorre da reforma laboral promovida em 1994, com a intenção de flexibilizar a matéria salarial impondo uma menor intervenção estatal.

²⁵⁹ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 630

patrimonial auferido. Estes três elementos compõem o conceito para enquadramento do salário.

O caráter global das percepções econômicas referido no conceito legal busca incluir no conceito salarial a totalidade de valores auferidos pelo trabalhador como contrapartida da realização de sua atividade profissional, ainda que sua denominação não o tipifique como salário. Com isso o salário não é apenas a contraprestação específica ou formal de uma tarefa concreta realizada, mas toda a contraprestação genérica e global da obrigação assumida pelo trabalhador em virtude do contrato de trabalho. É desenvolvido a partir deste preceito legal uma presunção *iuris tantum* de salário, englobando a totalidade das percepções do trabalhador com caráter contínuo e predeterminado pelo empregador.²⁶⁰

A característica do salário como contraprestação a cargo do empregador está ligada ao caráter sintagmático do contrato de trabalho e por isso é determinado pela sua contraprestação, guardando um nexo de causalidade pelo serviço laboral prestado. Com isso é afastado do conceito percepções econômicas da qual o trabalhador receba de terceiros, ainda que estas percepções sejam estritamente relacionadas ao serviço prestado. Entre todas, a figura mais conhecida é a *gorjeta* (*denominada em Espanha de propina*), que devido aos usos e costumes se faz presente de forma muito acentuada em certas atividades. A partir deste entendimento se afirma que as contraprestações que não são realizadas pelo empregador estão fora do conceito salarial, porém a natureza das propinas pode ser questionada pois de fato integra a renda do trabalhador, principalmente nos casos em que a arrecadação e a distribuição não é individualizada ou independente, integrando um caixa comum dividido entre os trabalhadores, algumas vezes de forma desproporcional ou ainda quando é garantido um valor mínimo de propina.²⁶¹

Outro elemento que integra o conceito de salário adotado pela legislação de Espanha diz respeito ao *conteúdo patrimonial* referido pelo texto legal. Este elemento se relaciona e complementa o caráter global do salário, entendendo-se como todas as percepções auferidas pelo empregador em dinheiro ou em espécie. A distinção entre o

²⁶⁰ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 649

²⁶¹ Sobre a natureza jurídica da gorjeta (propina) especialmente quanto aos cassinos as decisões do Tribunal Superior, Sala de lo Social de 23/05/1991, Recurso n.º 2654/1991 e 24/06/ 2010, Recurso n.º 728/2010 in <http://www.poderjudicial.es> acessado em 20/04/2017, pelo qual endente-se sobre a natureza extrassarial dos valores recebidos por terceiros.

pagamento de salário em dinheiro e salário em espécie será apreciada quando exposto sua forma de pagamento, no qual ambas poderão possuir natureza jurídica de salário.²⁶²

O caráter patrimonial do salário pode ser questionado quando analisados os denominados benefícios acessórios (*fringe benefits*) que contemplam uma série de prestações heterogêneas que não possuem o caráter patrimonial de remunerar o trabalhador, utilizados pelo empregador para atrair e manter trabalhadores qualificados como políticas de assistência, descontos em serviços e etc.²⁶³

Quando os referidos elementos estiverem presentes na contraprestação do empregador terá natureza salarial e quando não forem identificados os elementos serão prestações extrassalariais, levando-se em conta a presunção legal que permeia este enquadramento. Mostram-se também as quantidades econômicas abonadas pelo empregador que não se enquadram como salário, seja porque não estão remunerando o trabalho exercido, seja porque são legalmente excluídas de seu enquadramento. Deste modo o Artigo 26.2 busca dar segurança jurídica ao regime e clarificar a aplicação do conceito legal, excluindo expressamente determinadas situações da relação laboral.²⁶⁴

São excluídas às quantidades percebidas por determinação legal²⁶⁵, como indenizações por gastos realizados como consequência de sua atividade laboral, como ocorre com as diárias em que o empregador compensa os gastos realizados pelo trabalhador em uma viagem realizada a trabalho, as prestações e indenizações da segurança social e as indenizações correspondentes ao traslado, suspensões ou despedimentos.

A partir da identificação dos elementos que compõe o conceito salarial e dos que limitam sua caracterização pelas percepções extrassalariais deve ser destacado o elemento interpretativo estruturante do modelo salarial de Espanha, consubstanciado na presunção *iuris tantum* da totalidade dos valores recebidos pelo trabalhador, atribuindo o

²⁶² VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 650. Neste sentido a decisão do Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 02/10/2013, Recurso n.º 1297/2012 in <http://www.poderjudicial.es> acessado em 20/04/2017. Na decisão foi considerado verba salarial em espécie o seguro de vida contratado pela empresa ao empregado.

²⁶³ UGUINA, Jesús Mercader. *Retribución variable y cambio productivos*. In *Estudios sobre el salario*. Albacete: Bomarzo. 2004. Página 108

²⁶⁴ MEDINA, Maria Dolores Rubio de. *Retribuciones laborales*. Barcelona: Boch. 2005. Página 36.

²⁶⁵ É retirada a natureza jurídica da percepção por meio de regulação específica, como ocorre na concessão de economatos laborais em que o trabalhador pode adquirir produtos com preço inferior ao do comércio regular (regulado pelo Decreto 21 de Marzo de 1958), creches laborais infantis (regulado pela Ordem de 12 de Febrero de 1974) entre outras disposições que possuem a finalidade de incentivar o empregador a adotar tais práticas sem que possuem a natureza salarial.

ônus de demonstrar o caráter extrassalarial do benefício ao empregador. Neste sentido a referida presunção salarial dilui boa parte da controversa sobre a natureza das prestações auferidas pelo empregador ao trabalhador na relação de trabalho, incumbindo à aquele o ônus de demonstrar que ela não corresponde ao conceito de salário, desestimulando práticas com a finalidade de burlar a legislação.²⁶⁶

Nota-se que a legislação não expõe expressamente a finalidade do salário no contrato de trabalho e portanto possibilita distintas posições doutrinárias sobre a matéria. É consenso que além de corresponder à contraprestação do empregador pelo trabalho realizado enquanto sinalagma jurídico do contrato de trabalho também possui a função de meio de subsistência do trabalhador, correspondendo a mais do que simplesmente um elemento do contrato de trabalho, conforme previsão constitucional exposta no Artigo 35.1. Neste sentido parte da doutrina aproxima a finalidade salarial ao caráter alimentício, invocando os valores constitucionais para atribuir um sentido mais amplo e mais protetivo ao mesmo. Em que pese o caráter social do sistema jurídico, o atual entendimento afirma que a função de subsistência não se confunde com um dever do empregador de crédito alimentar, pois o fundamento histórico no sistema jurídico espanhol de ambos os deveres é distinto. Com isso se busca afastar qualquer relação do crédito salarial com a finalidade das obrigações de caráter alimentício, o que não significa afirmar que o crédito laboral não seja tutelado.²⁶⁷

A estrutura salarial no sistema jurídico de Espanha está prevista no Artigo 26.3 ao referir que *“mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual se determinará la estructura del salario”*. Esta concepção é tendencialmente flexível, pois atribui a negociação coletiva determinar a estrutura salarial, consagrando a

²⁶⁶ UGUINA, Jesús Mercader. *Retribución variable y cambio productivos*. Página 89. A jurisprudência não é totalmente clara quanto ao assunto em relação à zona de fronteira entre às parcelas salariais e extrassalariais, pelo qual não basta que a negociação coletiva determine sua natureza, devendo-se observar de fato se a percepção é enquadrada no conceito exposto pela legislação. Neste sentido Ac. Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 16/04/2010, Processo n.º 2489/2010, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 09/05/2018. A decisão refere que *"la condición jurídica de salario o de complemento extrasalarial, no depende de la calificación que efectúe el convenio colectivo sino que por imperativo legal que se impone al propio convenio colectivo, toda prestación económica que retribuye el trabajo del empleado debe ser salario puesto que el art. 26.1 constituye una norma de derecho necesario, máxime si se tiene en cuenta que el propio art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores excluye los conceptos que claramente tengan como causa la compensación de los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral."*

²⁶⁷ REYES, Antonio Costa. *El crédito salarial*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía. 2005. Página 56. Entre outros fundamentos levantados para afastar a noção de obrigação alimentícia do dever salarial é referido que a primeira decorre do dever familiar de socorro em função da relação de solidariedade familiar condicionada à capacidade econômica do responsável pelos alimentos, fundamento absolutamente distinto do dever salarial, que decorre da prestação de atividade dependente e subordinada do trabalhador.

ideia de que uma estrutura salarial geral ditada pela imperatividade da legislação não seria capaz de dispor sobre as peculiaridades dos distintos processos produtivos.²⁶⁸

Para determinação da estrutura salarial vigora a ideia de liberdade negocial no âmbito coletivo de cada setor, atividade ou empresa, sendo que a legislação se limita a dispor a estrutural salarial deve distinguir o salário-base²⁶⁹, que será composto a partir da unidade de tempo²⁷⁰, obra²⁷¹ ou misto, e o complemento salarial²⁷², que deverá ser fixado em função de circunstância relativa à condição pessoal do trabalhador, ao trabalho realizado ou a situação e resultado da empresa.²⁷³

Neste sentido é possível distinguir dois sistemas jurídicos distintos, o sistema simples, quando só exista o salário-base calculado sobre quantidade de tempo ou obra sem complemento salarial e o complexo, quando a estrutura salarial é composta pelo salário-base acrescido do complemento salarial, consolidando a negociação coletiva como grande fonte na produção da estrutura salarial dos trabalhadores. A importância de se distingui e fixar o salário-base por meio da negociação coletiva, ou na sua ausência, mediante o contrato de trabalho, decorre do fato de que este valor tende a manter a estabilidade e consolida a remuneração fixa ao trabalhador. A fixação do salário base também se mostra importante pois é utilizado para determinar a categoria profissional que o trabalhador é enquadrado, bem como integra como elemento neutro pelo qual se calcula os complementos salariais, legais ou convencionais.²⁷⁴

No caso de se estipular um sistema salarial complexo, a legislação exige que o complemento salarial deverá manter relação com a condição pessoal do trabalhador, o trabalho realizado ou a situação ou resultado da empresa. Neste sentido se pode afirmar

²⁶⁸ UGUINA, Jesús Mercader. *Retribución variable y cambio productivos*. Página 106

²⁶⁹ Entende-se por salário-base a remuneração fixada por unidade de tempo ou de obra, que não está relacionada a nenhuma circunstância especial e serve como referência para o cálculo de complementos salariais.

²⁷⁰ O salário por unidade de tempo é aquele que como sua nomenclatura indica se toma como referência a duração da jornada de trabalho para efeito de quantificar o salário, normalmente estabelecido por hora, por dia, semana ou mês.

²⁷¹ A remuneração por obra refere-se ao resultado efetivo na prestação do trabalho de modo que se estabelece uma quantidade ao trabalho por cada obra realizada, podendo haver uma enorme variedade, segundo unidade de referência como por exemplo a peça elaborada, metros construídos, vendas realizadas e etc.

²⁷² Corresponde a complemento salarial as quantidades que se adicionam ao salário base por circunstancias específicas que merecem um retribuição separada tal como maior esforço, destreza ou dedicação.

²⁷³ VILLALÓN, Jesús Cruz. *Compendio de Derecho del Trabajo. Séptima Edición*. Madri: Tecnos. 2014. Página 277.

²⁷⁴ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 631

são estabelecidos parâmetros gerais sobre os complementos salariais, mantendo a mesma diretriz de conceder autonomia aos sujeitos da relação laboral para que possam negociar a estrutura salarial da forma que lhes convirem, observando as peculiaridades da atividade, empresa ou função bem como sua situação financeira.

A título exemplificativo serão expostos alguns elementos que ganham maior relevância quantitativa no sistema jurídico de Espanha enquanto complementos salariais, sem nenhuma pretensão de se esgotar a análise, até mesmo porque vigorando a matriz de liberdade para a estipulação dos complementos salariais, podendo haver a criação de novos modelos ainda não existentes.

Inicialmente se destacam os *complementos salariais pessoais*, no qual a antiguidade é a de maior expressão, decorrente indiretamente do Artigo 25.1²⁷⁵ do ET, que beneficia o trabalhador com maior período contratual na empresa, em que é possível, mediante negociação coletiva, determinar o tempo para o nascimento do direito ao complemento salarial. Em verdade a antiguidade propõe uma quebra na igualdade salarial pelo fator tempo de trabalho e justamente por esta razão legislação dispõe alguns limites a serem respeitados. No computo do tempo de antiguidade se deve incluir, sem nenhuma distinção, o período de contrato de formação (Artigo 11 do ET), o período de prova (Artigo 14.3 ET), e também o tempo em que o trabalhador encontrou-se em situação de dispensa legais ou convencionais (Artigo 46.1 do ET).²⁷⁶

Outra modalidade de *complemento salarial pessoal* frequentemente utilizado diz respeito aos títulos acadêmicos, conhecimentos profissionais, idioma ou outros conhecimentos do trabalhador que se entende razoável bonificar monetariamente. Deve-se observar que quando o complemento incidir sobre o sujeito poderá ser consolidado desde que expressamente disposto na regulação, e quando incidir sobre o posto de

²⁷⁵ O Artigo 25.1 do ET dispõe que “*el trabajador, en funcion del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual*”. Relevante ressaltar que a antiguidade é uma modalidade de complemento salarial muito tradicional e que produz efeitos a longo prazo, o que pode ocasionar um desequilíbrio financeiro insustentável ao empregador. Com isso atualmente tem se verificado uma acentuada redução da figura da antiguidade nas negociações coletivas, pois em verdade ela não retribui uma maior produtividade do trabalhador.

²⁷⁶ BARÓ, Miquel Àngel Falguera. *Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingreso surgidas de la autonomía colectiva*. In *Estudios sobre el salario*. Albacete: Bomarzo. 2004. Página 146. É referido que a implementação de acréscimos salariais decorrentes da data de entrada do trabalhador cria um sistema retributivo dispare, em que haverá trabalhadores percebendo remuneração maior realizando o mesmo trabalho que outros.

trabalho ou atividade poderá ser suprimido pela alteração da função do trabalhador, desde que não haja violação contratual.²⁷⁷

Dentre os aspectos regulados pela legislação quanto aos complementos pessoais é imperioso referir que quando um benefício for atribuído em função de condição pessoal do trabalhador, este deverá se computar segundo os mesmos critérios para todos os trabalhadores enquadrados no grupo ou categoria, qualquer seja sua modalidade de contratação (Artigo 15.6), em respeito ao princípio da igualdade salarial, vedando-se qualquer forma de discriminação salarial entre diferentes formas de contratação.

O *complemento salarial decorrente do trabalho realizado* busca valorizar o trabalho mediante os critérios de qualidade, quantidade ou em relação a condição do trabalho auferido, também denominada de retribuição variável. Na generalidade dos casos, salvo pactuado em contrário, estes complementos possuem caráter provisório pois são relacionados a própria atividade do trabalhador, e quando o trabalhador deixa de exercer a atividade que fundamenta o complemento salarial, deixa de fazer sentido o seu adimplemento. Dentre os complementos salariais decorrentes do trabalho realizado se destacam aqueles que decorrem da legislação como a *penosidade*, *insalubridade*, *noturnidade* entre outros, não havendo variação de valores, bem como aqueles que decorrem da negociação coletiva e são relacionados ao rendimento do trabalhador como a responsabilidade, produtividade, pontualidade, etc.²⁷⁸

Outra modalidade de complemento salarial decorre da *situação ou resultado da empresa*.²⁷⁹ Esta forma de complemento salarial tem ganho espaço nas situações laborais frente a outros componentes salariais clássicos, ainda que muitas vezes possuam

²⁷⁷ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 659. Se o complemento estiver relacionado ao posto de trabalho poderá não ter caráter consolidável e poderá ser suprimido no caso do trabalhador deixar de realizar a atividade. Neste sentido Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 20/10/2008, Recurso n.º 3801/2007 in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 09/04/2018.

²⁷⁸ UGUINA, Jesús Mercader. *Retribución variable y cambio productivos*. Página 89. A implementação da remuneração variável é uma nova tendência interiorizada pelo setor produtivo para impulsionar o crescimento econômico vinculando-o em uma majoração salarial, em contraponto ao modelo tradicional de remuneração fixa, sendo que a quantificação do resultado pode ser estabelecida de forma individual ou coletiva. Destaca-se que o *destajo* é a forma arcaica de rendimento salarial variável, em que a remuneração é unicamente composta pela quantificação da produção, modelo que serve como referência para o surgimento de métodos mais modernos de remuneração tendo em consideração o desempenho do trabalhador.

²⁷⁹ UGUINA, Jesús R. Mercader. *Salario y crisis económica*. Páginas 40 – 72. O autor salienta que a partir da ocorrência da crise econômica global de 2008 o setor econômico tem se utilizado desta forma de remuneração como técnica para aumentar sua competitividade e diminuir riscos da atividade decorrentes de resultados negativos.

uma aparência de complemento salarial em decorrência de resultado da empresa, mas de fato sirvam como instrumento habitual de remuneração dos trabalhadores. Este é estipulado por negociação coletiva ou contrato de trabalho em que é auferido um valor por resultado individual ou coletivo alcançado, em que as figuras mais comuns são os *prêmios, incentivos, comissões, ou participações nos lucros da empresa*, com a principal característica de não serem consolidáveis nem mesmo previsíveis ou garantidos.

Os prêmios e incentivos são muito utilizados e buscam aumentar o rendimento do salário tendo em conta a quantidade ou qualidade do trabalho realizado. O ET não possui disposição específica sobre estas modalidades, onde para haver alteração do sistema de prêmios e incentivos o empregador deve consultar o comitê de trabalhadores.

A comissão constitui um complemento salarial mais complexo do que os prêmios e incentivos e sendo por vezes a maior ou única fonte salarial do trabalhador, e justamente por isso se dispõe de uma maior regulação sobre o instituto. Deve-se destacar que o fato do trabalhador ser remunerado exclusivamente por meio de comissão não exclui a relação laboral, devendo-se analisar a existência de uma relação mercantil ou laboral. A comissão é utilizada em atividades onde o trabalho é realizado mediante operações ou transações comerciais (vendedores, representantes comerciais etc.) havendo uma quota destinada ao trabalhador pela realização do negócio.²⁸⁰

O Artigo 29.2 do ET dita o nascimento do direito do trabalhador à comissão como o momento da realização do pagamento ou a venda em que se interveio do negócio, sendo que a comissão deverá ser paga ao trabalhador até o final do ano civil caso não tenha sido pactuado outra disposição, e também refere o direito informação sobre os documentos contábeis sobre as comissões devidas.

Além dos complementos salariais já referidos existe também a figura da participação nos lucros da empresa exposta de forma indireta no Artigo 25 do ET. Esta modalidade de complemento salarial tem se desenvolvido de forma lenta nos acordos coletivos e concretiza a denominada economia de participação, cujo principal objetivo

²⁸⁰ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. Página 385. Deve-se destacar ainda que o trabalhador terá direito à comissão no caso do negócio não ter sido completado por culpa exclusiva do empregador, neste sentido Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 27/04/1989, Recurso n.º 11235/1989 in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 12/04/2018, bem como no caso da comissão der sido operada antes da extinção do contrato de trabalho ainda que seu pagamento tenha ocorrido.

consiste em manter a estabilidade e desenvolvimento empresarial e criar um compromisso de identificação dos trabalhadores com o empregador.²⁸¹

A participação do trabalhador no rendimento da empresa é distinta em duas modalidades, a participação por bônus, em que acordado um valor que fica condicionado ao resultado positivo da empresa, que pode ou não se concretizar e a participação real no capital da empresa. A primeira modalidade é amplamente questionada sobre sua real finalidade enquanto retribuição variável pois em certos casos sua estipulação encontra-se previamente garantida e não possui relação com a ideia de lucro do empregador.²⁸² A segunda modalidade, na qual não possui nenhuma referência legislativa, é denominada de participação no capital ou opções por ações (*stock options*)²⁸³, e possibilita o

²⁸¹ ALCARAZ, José Luján. *La participación retributiva de los trabajadores en la empresa. In Estudios sobre el salario*. Albacete: Bomarzo. 2004. Página 57

²⁸² VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 662. Em todo caso, o que se observa na generalidade dos acordos coletivos são participações nos lucros com natureza de gratificações extraordinárias, pois a sua constituição é feita por quantia pré-fixada e sem nenhuma relação com os resultados reais da exploração econômica.

²⁸³ Sobre as stock options destaca-se as decisões: Ac Tribunal Superior, Sala de lo Social de 24/10/2001 Recurso n.º 3295/2000 e 4851/2000, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 12/04/2018, pelo qual entendeu-se pela natureza extrassalarial dos benefícios conferidos pela ação. Em sentido contrário o Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 26/01/2006 Recurso n.º 3813/2004, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 13/04/2018, pelo qual foi reconhecido a natureza salarial do benefício atribuído às stock options, afastando-se do entendimento anterior pela extensa fundamentação. “*Es cierto, como señala la parte recurrente, que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el carácter salarial o extrasalarial de los beneficios obtenidos por el trabajador por medio de la adquisición de opciones sobre compra de acciones debe determinarse en cada caso, a la vista de las características concretas de los distintos planes de stocks options, y de los acuerdos suscritos en aplicación de los mismos, planes y acuerdos que en la práctica societaria pueden y suelen ser muy diversos. La exigencia de este "estudio individualizado" se indica ya en nuestras sentencias de 24 de octubre de 2001 (rec. 4851/2000 y 3295/2000), dictadas en sala general, y se declara también, con mayor énfasis, en la sentencia de 1 de octubre de 2002 (rec.1309/2001), acordada asimismo en sesión del pleno o sala general. Ahora bien, como se verá a continuación, el análisis pormenorizado de los concretos planes y acuerdos de stocks options a los que se refiere el caso pone de relieve que en el mismo sí nos encontramos ante un concepto salarial, según el significado legal de salario que precisa el art. 26 ET. La función expresa de los planes sobre opciones de compra de acciones de Microsoft Corporation, que se encuentran en el ramo de prueba de la propia empresa demandada, no es exclusivamente garantizar la permanencia del trabajador en la misma en el período de espera entre la suscripción y la adquisición de las acciones, sino que comprende también el incentivo al rendimiento y la compensación de un mayor esfuerzo en el trabajo. El propósito de "atraer y conservar" el personal figura ciertamente entre los objetivos del plan, pero no de manera exclusiva sino compartida con el de "proporcionar más incentivos a dichas personas" y "promover los buenos resultados de la sociedad". El diseño del plan apunta por tanto a asignar beneficios a los trabajadores, al menos en parte, en contraprestación o contrapartida del trabajo realizado, y no sólo a compensar la "fidelidad" o mantenimiento continuado de la relación de trabajo por cuenta de la entidad empleadora con posible sacrificio de otras alternativas profesionales. Dicha correspondencia o contrapartida con el trabajo prestado (el esfuerzo desplegado, la calidad del mismo, los resultados obtenidos, etcétera) es la nota característica del concepto legal de salario acuñado en el art. 26 ET ("totalidad de las percepciones económicas ... por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena"). En el caso del actor la naturaleza de contraprestación al trabajo de las opciones suscritas se confirma con otros datos que constan también en el relato de los hechos probados y en los documentos a los que tal narración remite. Estos datos son la adquisición de opciones en todos o casi todos los ejercicios económicos, y la consideración de las mismas ciertamente como beneficios "discrecionales" o*

trabalhador receber ou adquirir ações diretas no capital da sociedade empresarial a um preço fixado mais vantajoso, e no caso de haver uma valorização da ação, o trabalhador obtém um benefício sobre o preço efetivamente pago. Este conceito carece de regulamentação e inclusive levanta suspeita pela doutrina sobre sua natureza jurídica de salarial ou extrassalarial decorrente de negócio mercantil.²⁸⁴

As gratificações extraordinárias, ainda que não digam respeito à condição pessoal, ao trabalho realizado ou à situação ou resultado da empresa, também são tidas como complementos salariais, referidas no Artigo 31 do ET. Decorrente da legislação, são devidos ao menos dois pagamentos ao ano de valor não inferior ao do Salário Mínimo Interprofissional, sendo que uma guarda relação com à gratificação de natal e outra pode ser adimplida conforme negociação coletiva. No caso do contrato de trabalho se extinguir antes do pagamento das referidas gratificações, é devido o valor proporcional ao tempo trabalho no ano.²⁸⁵

Por fim é necessário referir a figura da gratificação voluntária, ainda que não seja enquadrada no conceito de complemento salarial, o empregador se utiliza de sua discricionariedade e poder de gestão para abonar valores ao empregado sem que haja relação com a exigibilidade do trabalho. Estas gratificações possuem o ânimo de meras liberalidades e não são conceituadas como salário. Imperioso alertar que a natureza de liberalidade deve ser comprovada pelo empregador em virtude da presunção de natureza salarial referida no Artigo 26.1 do ET.

Note-se então que a estrutura salarial do sistema laboral de Espanha é consideravelmente flexível remetendo a generalidade do conteúdo à negociação coletiva e regulando somente aspectos pontuais, sendo que o contrato de trabalho surge somente como complemento em casos específicos. Para a adoção de um sistema salarial complexo é exigido a distinção do salário-base e dos complementos salariais para que o primeiro sirva como elemento de referência na concretização do segundo. Imperioso referir também que as modalidades apresentadas não esgotam a possibilidade de criação de

"voluntarios" a cargo del empresario, pero sustentados en una "causa onerosa", cuál es la valoración de la actividad profesional del empleado ("mérito" o "rating" en la terminología utilizada)".

²⁸⁴ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 663

²⁸⁵ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 639

outros complementos salariais diversos, desde que em conformidade com o Artigo 26.3 do ET.

2.3. O princípio da suficiência salarial e o Salário Mínimo Interprofissional

A determinação da quantia salarial é um ponto de extrema importância no sistema laboral pois ela estabelece o valor concreto que o trabalhador irá perceber pelo trabalho realizado. Ainda que aparentemente o tema seja relacionado apenas com a liquidação do salário, em verdade a quantia salarial se refere com outros aspectos jurídicos do direito, como a determinação constitucional de “suficiência salarial”, que fundamenta a criação do *Salário Mínimo Interprofissional*, a concorrência na aplicação da norma mais favorável, a igualdade e a proibição de discriminação remuneratória.

Na determinação da quantia salarial em decorrência de negociação coletiva, contrato individual de trabalho ou decorrente da própria legislação é exigido que se observe os princípios gerais que condicionam quantitativamente a estipulação do salário, funcionando como limites à livre disposição. Entre outros, ressalta-se o princípio da proporcionalidade, cujo sentido se refere ao caráter geral do salário, ou seja, salvo expressamente disposto, a estipulação do salário corresponde ao período de trabalho de tempo completo, de forma que qualquer incremento ou redução deve ser levada em consideração para acréscimo ou redução proporcional da remuneração. Em sentido similar, o princípio da equivalência também possui relevância no âmbito da quantia salarial e se relaciona com a atividade do trabalhador e sua classificação profissional. Significa dizer que trabalhadores que exerçam a mesma atividade devem ser classificados da mesma forma, e não necessariamente auferir a mesma remuneração, pois esta depende das condições concretas do trabalho.²⁸⁶

No sistema de estipulação salarial de Espanha as fontes que determinam a quantia salarial podem decorrer da norma estatal, da negociação coletiva ou do contrato de trabalho, atuando a partir do respectivo critério de hierarquia em que a primeira estabelece os mínimos a serem respeitados pelo convenio coletivo que pode acrescer o salário, que pode ainda ser majorado pelo contrato de trabalho.

²⁸⁶ MARTÍNEZ, Juan M. Ramírez. *Curso de Derecho del Trabajo. 19ª Edición*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Valencia. 2010. Página 470

2.3.1. O Salário Mínimo Interprofissional

A fixação do *Salário Mínimo Interprofissional* é realizada pelo Estado como instituto existente em Espanha desde 1963 e atualmente sua regulação encontra-se exposta no Artigo 27 do ET, enquanto instrumento que concretiza o direito constitucional a uma remuneração suficiente previsto no Artigo 35.1 da Constituição Espanhola, possuindo também relação direta com a Convenção n.º 131 da OIT, em que os estados se comprometem à estabelecer um sistema de salários mínimos aplicável a todos os trabalhadores.

Entre os distintos aspectos pelo qual se pode analisar o *Salário Mínimo Interprofissional*, tal como enquanto ferramenta econômica, social, política, nesta análise serão expostos os aspectos jurídicos do referido instituto. Deve-se ter em conta que o SMI é a retribuição mínima que um trabalhador, qualquer que seja sua atividade, deva perceber pela realização de seu trabalho em Espanha. O valor do SMI possui relação, ao menos teoricamente, ao correspondente para que se mantenha um nível de subsistência digno, pelo qual a baixo não seria possível do trabalhador manter suas necessidades básicas. O SMI também possui relação com o mínimo que entende justo retribuir ao trabalhador pelo trabalho realizado pela jornada legal, na qual a Constituição de Espanha no Artigo 1.1 refere serem valores do estado social à justiça e a igualdade.²⁸⁷

O SMI estabelece o primeiro nível de estipulação salarial, funcionando como limite, em que não é permitindo que nenhum setor econômico ou empresa negocie com nenhum trabalhador ou mesmo entidade representativa retribuição abaixo do estabelecido por ele. Em Espanha o valor do SMI é fixado anualmente pelo Governo mediante consulta prévia obrigatória às organizações sindicais e associações empresariais, o qual deve também levar em conta uma série de dados como o índice de preços de consumo, produtividade média nacional, conjuntura econômica geral, número de desempregados entre outros dados. A consulta aos sindicatos e associações e a utilização dos índices econômicos devem influenciar, porém não condicionar a decisão, que em *última ratio* cabe ao Governo na forma de lei.²⁸⁸

²⁸⁷ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 632

²⁸⁸ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 632

A regulação do SMI é realizada com a distinção entre uma quantidade diária, mensal e anual, em que no ano de 2017 foi estabelecida pelo Real Decreto 742/2016 valor de 23,59 euros para remuneração diária, 707,70 para remuneração mensal e 9.907,80 para remuneração anual.²⁸⁹ Deve-se observar que a quantia fixada no SMI leva em conta somente a jornada regular de trabalho, não observando conceitos complementares do salário que o trabalhador teria direito como horas extraordinárias, adicional noturno, adicional de insalubridade ou periculosidade entre outros. Também é importante referir que o valor do SMI serve como mínimo de valor a ser adimplido em dinheiro, a quantia em espécie nunca pode minorar aquela.²⁹⁰

2.3.2. O princípio da suficiência salarial e a estipulação do salário pela negociação coletiva ou pelo contrato de trabalho

Com a fixação do SMI pelo Estado, a negociação coletiva constitui o segundo nível de estipulação salarial, sendo que é a principal fonte de regulação e estipulação das quantias salariais e consagrando a força vinculante da negociação coletiva exposta no Artigo 37.1 da CE²⁹¹. A sua fixação pode ocorrer pelos convênios coletivos de qualquer nível, em que o acordo interprofissional pode determinar a faixa salarial, o convênio de setor pode dispor sobre a quantidade básica e o convênio e o acordo de empresa pode determinar a quantia correspondente concreta do salário de cada trabalhador, bem como a composição da estrutura salarial, salário base mais complementos salariais.²⁹²

Em nome da autonomia da vontade estipulada no Artigo 3.1 c) do ET, o contrato de trabalho atua como terceiro nível de estipulação salarial e também pode dispor sobre a remuneração do trabalhador. Assim o empregador pode majorar os níveis salariais resultantes da negociação coletiva desde que atue em conformidade com o princípio da

²⁸⁹ Desde a primeira fixação do salário mínimo pela legislação de Espanha até o momento a quantia do SMI sempre foi progressiva, sendo que em 1978 se alcançou o valor de 60 pesetas diárias, superando às 1.000 em 1983 e em 2008 se alcançou os 600 euros.

²⁹⁰ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 673.

²⁹¹ Sobre a importância da estipulação salarial decorrente da negociação coletiva em Espanha, em especial aos acordos setoriais, enquanto instrumento de regulação vide: PÉREZ, Hipólito J. Simón. *La estructura de salarios pactados en España*. Ed. Publicaciones de la Universidad de Alicante: Alicante. 1999.

²⁹² VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 665. Deve ser observado, em todo o caso, que o convênio coletivo de empresa tem prioridade aplicativa na determinação do salário-base e dos complementos salariais, podendo deixar de aplicar a quantia salarial fixada no convênio coletivo de setor ou de empresa pelo procedimento de inaplicação conforme determinado nos Artigos 84.2 e 82.3 do ET.

igualdade, ainda que isto ocorra para trabalhadores de alta qualificação e elevado poder aquisitivo em que se verifica um maior nível de negociação individual com o empregador.

A partir da fixação da quantia salarial o empregador se obriga a utilizar os critérios e valores estabelecidos para realização da liquidação do salário, ou seja, quantificação do valor que o trabalhador irá perceber em concreto. Observa-se que, como o sistema remuneratório possui diversas fontes, mesmo nas negociações coletivas, pode-se suscitar dúvida quanto à identificação e aplicação do modelo remuneratório mais vantajoso ao trabalhador. Em consideração ao Artigo 3.1 c) do ET que dispõe sobre a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, a partir da regra de absorção e compensação do sistema remuneratório. O Artigo 26.5 determina que *“operará la compensacion y absorción cuando los salários realmente abonados en su conjunto y computo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia”*.²⁹³

A referida norma é peça chave no sistema remuneratório de Espanha e tem a finalidade de evitar a sobreposição de melhorias salariais contínuas ou escalonadas, ou ainda, a aplicação de dois sistemas remuneratórios distintos no mesmo ano, utilizando-se do critério anual para verificar a totalidade do salário.²⁹⁴ A aplicação da absorção ocorre quando se dá e um aumento salarial via negociação coletiva de valor inferior ao um salário que efetivamente já está sendo pago em decorrência do contrato de trabalho, este aumento se torna absorvido pela norma mais favorável que já se encontra em aplicação. Outro exemplo típico da aplicação do dispositivo de compensação e absorção se refere quando o governo aprova um aumento ao SMI, em que o incremento será absorvido aos

²⁹³ A principal crítica sobre as normas de compensação e absorção decorrem da imprecisão que o marco legislativo propõe sobre a aplicação da norma, incumbência que é suprida pela análise doutrinária e jurisprudencial do tema.

²⁹⁴ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 665. Sobre a aplicação da regra de absorção e compensação salarial o Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 21/01/2008, Recurso n.º 4192/2006, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018, entendeu pela não aplicação da regra de compensação e absorção de salários por falta de homogeneidade entre as prestações, respectivamente foi pleiteado a compensação do adicional por insalubridade em razão da atividade exercida para com incentivos e complementos salariais pessoais, bem como Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 03/07/2013, Recurso n.º 279/2011, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018. Em sentido diverso o Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 09/03/2010, Recurso n.º 34/2009, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018, entendeu pela aplicação da regra de compensação e absorção de salários em razão da homogeneidade e computo mais favorável em sentido global dos complementos salariais previstos no acordo coletivo aplicado ao trabalhador.

trabalhadores que já percebem remuneração superior à estipulada e aplicada aos que, no cômputo anual, perceberem remuneração inferior à estipulada.²⁹⁵

A norma de compensação e absorção tem como efeito à racionalização do princípio da norma mais favorável ao trabalhador em matéria salarial, pelo qual a entrada em vigor da norma mais favorável de caráter geral só será aplicável ao trabalhador caso contenha um regime salarial globalmente superior, ou seja, considerando o conjunto dos valores e seu cômputo anual.

Por fim, ainda que a política salarial seja estabelecida pela negociação das partes e sua estipulação seja de tendente ascensão, é possível a intervenção Estatal para estabelecer controle sobre o crescimento das retribuições.²⁹⁶ O controle ao aumento de salários é instrumento utilizado para intervenção do poder público na economia, buscando-se a promoção da paz social na relação laboral e a estabilização econômica, normalmente para estagnar o aumento da inflação.²⁹⁷

Neste sentido o instituto tem fundamento no Artigo 131.1 da CE em que possibilita intervenção do estado para a criação de limites máximos no aumento salarial ou no seu reajuste. Esta intervenção rompe por completo com a lógica da livre negociação coletiva dos salários e, obviamente, deve ser harmonizada com outros valores constitucionais como a da suficiência salarial, liberdade sindical e força vinculante da negociação coletiva. Tal medida se mostra mais usual ao legislador estabelecer limite ao incremento salarial dos trabalhadores no setor público, no qual se observa pelo

²⁹⁵ VILLALÓN, Jesús Cruz. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Página 284.

²⁹⁶ Sobre a análise da revisão salarial em Espanha desde o ponto de vista jurídico até o econômico ver: SIGNESIS, Adrian Todolí. *La revision salarial*. Madri: Tirant Lo Blanch. 2013

²⁹⁷ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. Página 382

julgamento do Tribunal Constitucional 85/2011²⁹⁸ ser constitucional inclusive a redução salarial.²⁹⁹

Por outro lado, ainda que a autonomia coletiva seja a principal fonte na estipulação da quantia salarial o Artigo 82.3 nas letras d) e e) do ET prevê o procedimento de não aplicação negociação coletiva para quando a empresa apresentar situação económica negativa³⁰⁰, mudança nos meios de produção ou organização empresarial ou quando ocorra modificação substancial das condições de trabalho. Nota-se que esta é uma recente ferramenta de flexibilização interna da relação laboral, que foi ampliada com a reforma legislativa produzida em 2012, possibilitando ao empregador em conjunto com os trabalhadores legitimados, entre outras questões, estipular novo sistema de

²⁹⁸ Ac. Tribunal Constitucional de 07/06/2011, Auto n.º 85, in <https://www.tribunalconstitucional.es>, acesso em 10/05/2018. O TC julgou constitucional a redução de salários estabelecidos no convenio coletivo mediante lei com fundamento no Artigo 82.3. Neste sentido verifica-se importante referência da decisão: *“Es patente, así, que la fuerza vinculante de los convenios establecida en el art. 37.1 CE equivale a función normativa, a Derecho objetivo, a la configuración del convenio colectivo como norma jurídica, lo que impide prescindir de unos determinados rasgos de estabilidad, pudiendo afirmarse que la intangibilidad durante su vigencia, asegurada por el art. 82.3 LET, constituye un elemento fundamental y determinante, puesto que la normatividad del convenio colectivo depende de la intangibilidad de su contenido durante su vigencia.*

El convenio colectivo puede ser modificado durante su vigencia por otro convenio colectivo, siendo posible, asimismo, su suspensión, modificación e, incluso, supresión durante su vigencia mediante ley, que deberá respetar su contenido esencial, cuando concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, debiendo someterse, por consiguiente, a la técnica de ponderación del triple control de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de modo que la satisfacción del bien o bienes jurídicos protegidos por dichas medidas legales se realice de tal manera que provoque el menor sacrificio en el derecho de negociación colectiva como tal, así como en su vertiente funcional de libertad sindical. Por todo ello, la Sala no considera constitucionalmente posible que se pueda suspender, modificar o suprimir un convenio colectivo durante su vigencia mediante un decreto-ley, aunque concorra la nota positiva exigida por el art. 86.1 CE, puesto que la suspensión, modificación o supresión del convenio afecta al contenido esencial de dichos derechos, lo cual está vedado por la Constitución, si bien podría haberse salvado constitucionalmente dicha limitación si se hubiera activado el procedimiento previsto en el art. 86.3 CE, procediendo las Cortes a tramitar el Real Decreto-ley como proyecto de ley, por el procedimiento de urgencia.

En conclusión, constatado que el Real Decreto-ley 8/2010 modificó lo pactado en el capítulo XII del XI convenio de la FNMT-RCM, donde se convino el incremento salarial aplicable, reduciendo un 5 por 100 las retribuciones del personal laboral, entiende la Sala que dicha actuación supuso una clara afectación de los derechos fundamentales de libertad sindical y de negociación colectiva, al dejar sin efecto lo pactado en convenio estatutario y vaciando de contenido la fuerza vinculante de los convenios, lo que obliga a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 163 CE”.

²⁹⁹ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 635

³⁰⁰ Sobre o tema: ANIORTE, María del Carmen López. *El descuelgue salarial*. in *Aspéctos Laborales de la reestrututación empresarial*. Coord. Rodrigo Martín Jiménez e Antonio V. Sempere Navarro. Navarra: Aranzadi. 2011. Páginas 139 – 161. Em Espanha o regime para não aplicação das disposições salariais em negociação coletiva de nível superior é denominada de “descuelgue salarial”. Destaca-se que o instituto tem o objetivo de adaptar os empregadores à contextos económicos instáveis

remuneração e quantia salarial, trabalho e rendimento, diferente do existente na negociação coletiva.³⁰¹

A referida disposição tem como limite os mínimos estabelecidos pela regulação do SMI e também, por ser uma exceção à norma de força vinculante da negociação coletiva, é tendencialmente de carácter temporário e necessita ser justificada pelos próprios fundamentos de necessidade trazidos pela legislação.

2.4. O princípio da igualdade salarial

O princípio da igualdade salarial é tutelado no sistema jurídico pelo texto constitucional a partir da aceção da proibição de discriminação em sentido geral previsto no Artigo 14 da CE bem como diretamente relacionada aos trabalhadores pelo Artigo 17.1 do ET em que é proibida a discriminação por qualquer condição pessoal ou social. Diretamente relacionada ao âmbito salarial o princípio é reafirmado pelo Artigo 35.1 da CE e pelo Artigo 28 do ET, pelo qual a determinação da quantia salarial está vinculada ao imperativo do princípio da igualdade e da não discriminação.³⁰²

Ressalta-se que a distinção salarial é algo intrínseco aos sistemas salariais complexos, onde há distinções salariais em decorrência de inúmeros fatores e condições como a duração, intensidade, qualificação ou mesmo em decorrência da localidade do trabalho prestado, e justamente por isso a proteção ao princípio da igualdade salarial tem ganho expressivo contorno jurisprudencial no sistemas jurídicos de Espanha, tendo como fundamento impedir diferenças salariais determinadas por motivos irrazoáveis.

O Artigo 17 do ET dispõe que “*se entenderán nulas e sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos unilaterales y las decisiones individuales del empresario den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta*”. Encontra-se assim tipificada a proibição de discriminação na relação laboral em sentido amplo, em que ainda que a legislação exemplifique uma série de critérios discriminatórios tal como idade, sexo religião entre outros o sentido da norma consiste em coibir atos discriminatórios, estabelecendo como efeito a nulidade dos mesmos. O

³⁰¹ BENNÀSSAR, Magdalena Llompart. *Alcance de la reforma laboral en materia de salario*. Revista Andaluza de trabajo y bienestar social. n.º 122. 2013. Página 51. Neste sentido afirma-se que com a reforma de promovida em 2012 se reforma a ideia de que as circunstancias que justificam a modificação do salário devem levar em consideração a possibilidade de se evitar a suspensão ou extinção de postos de trabalho.

³⁰² NINET, José Ignacio García. *Un análisis jurídico del salario a la luz de la doctrina de los Tribunales. Algunos aspectos substantivos*. Revista del Poder Judicial, Primer Trimestre 2003, n.º 69. Madri: Consejo General del Poder Judicial. Página 149

Artigo 28 do ET determina que “*está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse de discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla*”. Notase que as referidas disposições estão de acordo com as Diretivas Comunitárias da União Europeia e com às Convenções da OIT sobre igualdade remuneração, especialmente quanto à discriminação decorrente de questão de gênero.³⁰³

Os referidos dispositivos legais consagram formalmente o preceito fundamental da igualdade na relação laboral, impedindo todas as formas de discriminação direta ou indireta e determinando que o mesmo trabalho deva ser retribuído da mesma forma. Neste sentido por exemplo entende-se não ser razoável fundar diferença salarial em condição de trabalho temporário quando a mesma atividade for prestada por trabalhador de regime comum, ou ainda justificar diferença salarial futura pela antiguidade na empresa.³⁰⁴

Ainda que sejam proibidas discriminações, deve-se observar que as referidas disposições não proíbem distinções salariais que sejam fundadas em critérios objetivos e razoáveis, podendo haver distinções entre categorias profissional, qualificação, conhecimento ou habilidades e todos os fatores que não se utilizarem de um critério discriminatório para diferenciar a remuneração do trabalhador, sendo que a estipulação do salário se encontra inserida no direito de organização da atividade desempenhada pelo empregador.

³⁰³ O princípio da igualdade salarial é desenvolvida de forma extensa pela jurisprudência, dentre a qual ressalta-se as decisões do Tribunal Constitucional 34/1984 sobre a eficácia horizontal do princípio da igualdade e a decisão 2/1998 sobre a discriminação salarial decorrente de negociação coletiva. As referidas decisões do TC servem como fundamento para outras decisões como o Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 06/11/2007, Recurso n.º 2809/2006, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018, entendeu que a negociação coletiva feriu o princípio da igualdade salarial ao estabelecer distinção salarial em momento posterior à trabalhadores com data de entrada mais antigos (ex. trabalhadores anteriores à data “x” deve se aplicar a remuneração “a” e trabalhadores posteriores a data “x” deve se aplicar a remuneração b), neste mesmo sentido Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 20/02/2008, Recurso n.º 4560/2006. O Ac. do Tribunal Superior, Sala de lo Social de 14/05/2014, Recurso n.º 2328/2013, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018, refere sobre a sobre igualdade salarial pelo qual a negociação coletiva atribuiu remuneração inferior à setor composto majoritariamente por mulheres, sendo configurada a discriminação. Ac. Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 24/11/2015, Recurso n.º 304/2014, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018, o acórdão julgou inaceitável a diferenciação remuneratória para trabalhadores menores de 35 anos unicamente em razão da idade.

³⁰⁴ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 688

2.5. A proteção do crédito salarial

A proteção do crédito salarial em Espanha é inspirada pelas Convenções e Orientações da OIT que foram internalizadas no direito do trabalho, enquanto normas com a finalidade de fazer com que a remuneração percebida pelo trabalhador cumpra sua função primordial, a de sustento de seu meio de vida. A partir da concepção de que o salário é elemento vital ao empregado é criada regulação para efetivar a proteção jurídica ao salário de forma imperativa, diferente de uma obrigação civil em que há uma maior liberdade na estipulação.

Para o desenvolvimento do presente se divide a análise da proteção do crédito salarial em três grupos bem definidos, sendo o primeiro as regras sobre tempo, lugar e modo de pagamento, o segundo sobre a proteção do salário à credores do trabalhador e o terceiro sobre a proteção do crédito salarial à credores do empregador. Por fim se analisa o Fundo de Garantia Salarial (FUGASA) criado para garantir o pagamento de dívida salarial quando o empregador não o realiza.

2.5.1. Regras de local, tempo e forma de pagamento

A obrigação do empregador em adimplir o salário é concretizada pela liquidação e pagamento do mesmo conforme as regras determinadas na negociação coletiva ou em sua ausência no contrato de trabalho. A liquidação do salário corresponde no momento anterior ao efetivo pagamento em que o trabalhado possui o direito de informação sobre o montante que irá perceber.

A legislação sobre o momento, lugar e meio de adimplemento do salário visam estabelecer condições mínimas e pouco complexas ao empregador, para que o salário alcance sua finalidade primordial.

Em relação ao momento do adimplemento, o Artigo 4.2 f. e 29.1 do ET determinam o pagamento pontual do salário, ou seja, na exata data pactuada ou até a legalmente estabelecida. A legislação determina o limite máximo de um mês para o abono da retribuição regular e a remuneração não regular, como a extraordinária por exemplo, tem como limite o adimplemento anual. Com isso não é exigido que a estrutura

salarial seja toda determinada com base no pagamento mensal, podendo haver remuneração não regular com pagamento diverso.³⁰⁵

A pós-remuneração é a diretriz predominante quanto ao momento do pagamento do salário, em que primeiro o trabalho é exercido e depois lhe é adimplido. Esta prática faz sentido devido a necessidade do empregador em liquidar a quantia salarial devida ao trabalhador, contudo, a pós-remuneração aumenta a debilidade econômica do trabalhador que já é naturalmente elevada, pois a realidade da grande maioria dos trabalhadores assalariados é de dependência economicamente da remuneração laboral para arcar com seu meio de subsistência.

Devido a vulnerabilidade econômica do trabalhador o atraso no cumprimento da obrigação salarial coloca de imediato o empregador em situação denominada de mora, podendo gerar indenização por danos ou prejuízos pelo atraso e conforme a legislação civil. Para induzir o cumprimento do pagamento pontual do salário a legislação determina que o incumprimento da referida obrigação no prazo estipulado, até o limite legal mensal para salário regular ou anual para quantias não regulares, faz incidir multa de dez por cento do valor devido nos termos do Artigo 29.3 do ET.³⁰⁶

Deve-se ressaltar que o empregador só entra em mora quando há dívidas salariais vencidas, exigíveis e líquidas, não se podendo declarar a mora de valor reconhecido judicialmente se até então não era exigível, ou ainda, quando o salário não se tornou líquido.

Existe também a possibilidade legal do trabalhador requerer o adiantamento da remuneração regular pelo trabalho já realizado, que salvo disposto em negociação coletiva em sentido contrário deve ser excepcional e pode ou não ser concedida pelo empregador, sendo compensada no prazo estipulado para o pagamento do salário conforme dispõe o Artigo 29.1. A figura do adiantamento não se confunde com empréstimos concedidos pelo empregador e não pode haver nenhuma majoração do valor adiantado do valor compensado.

Em relação ao local do adimplemento do salário, o objetivo da norma é trazer segurança jurídica ao ato e evitar que o trabalhador tenha que incorrer em excessivo custo

³⁰⁵ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 646

³⁰⁶ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 676

de tempo ou mesmo financeiro para exercer seu direito à retribuição. Outro objetivo da regulação era trazer seriedade ao ato e também restringir o adimplemento em locais inadequados onde o trabalhador possa dilapidar inconsequentemente seu patrimônio como casas de jogos, bares e etc.³⁰⁷

Com a adoção de forma predominante da transferência bancária como meio de cumprimento do salário em Espanha e notável inexistência de lide quanto ao tema, as normas relacionadas ao local de pagamento do salário perderam seu sentido e não integram mais o ET. Com isso o Artigo 29.1 determina que o pagamento do salário (quando realizado em espécie) será realizado em local acordado, que usualmente corresponde ao local da execução da atividade.³⁰⁸

Como regra geral a obrigação retributiva deve ser adimplida em dinheiro, admitindo-se também pagamento em espécie, desde que observada algumas diretrizes. Em relação ao pagamento em dinheiro o Artigo 29.4 do ET determina que o valor deverá ser adimplido em moeda de curso legal ou meio equiparável, desde que através de entidade de crédito, como o cheque. O adimplemento do salário exige a comprovação documental do mesmo devendo no documento conter a composição da totalidade salarial de forma discriminada, sendo também o documento válido para comprovar o adimplemento da obrigação. No caso de o empregador eleger a modalidade de transferência bancária, procedimento universalmente eficaz, exige que o empregado crie uma conta em entidade financeira, o que é exigível salvaguardada a hipótese de que haja fundamento suficiente para não realizá-lo.

O adimplemento pode ser realizado em espécie, devendo o empregador respeitar o limite mínimo de trinta por cento do total da remuneração, sendo que a quantia em dinheiro não pode ser inferior ao estipulado no SMI conforme estipulado no Artigo 26.1 do ET. Ainda que não haja disposição expressa no ET se deve observar o referido na Convenção 95 da OIT (Ratificada pela Espanha em 28-8-1959) exigindo que o valor retribuído em espécie seja apropriado e benéfico à pessoa do trabalhador.³⁰⁹

³⁰⁷ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. Página 389

³⁰⁸ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 646. O autor refere que a antiga Ley de Contrato de Trabajo no Artigo 54 e a Ley de Relaciones laborales no Artigo 30 proibiam o pagamento em locais de recreação, lojas ou bares.

³⁰⁹ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. 2017. Página 649. A utilização da retribuição em espécie pode parecer insignificante e inexistente generalidade dos contratos de trabalho de Espanha, pelo qual o autor refere que esta forma de adimplemento é mais usual na remuneração de trabalhadores de altos cargos, onde além da remuneração estrita é assumido outras obrigações como veículo, moradia, viagens etc, com a intenção de ocultação de rendimentos. A Lei 35/2006

Ainda que a legislação determine o limite de trinta por cento da quantia salarial em espécie não há uma solução para o caso de o empregador superar este limite. A partir disso se podem formular três soluções hipotéticas para caso venha a ocorrer, a primeira se traduz no direito do trabalhador requerer o incremento do valor em dinheiro até o limite legal, a segunda equivale a redução do valor em espécie com o complementado em dinheiro, e a terceira reside na simples redução do valor em espécie. A solução mais adequada parece ser a segunda, ainda que não se possa sustentá-la para generalidade dos casos.³¹⁰

Com a proteção da forma de pagamento do salário o ordenamento jurídico proíbe de forma indireta a figura denominada de *truck system*, em virtude de que o empregador não pode adimplir a retribuição em forma de vale ou similar, para forçar o trabalhador a comprar bens em determinados comércios, pois contrário à livre concorrência e a liberdade empresarial.

2.5.2. Proteção do salário aos credores do trabalhador

A proteção do crédito salarial aos credores do trabalhador consiste na concepção de que o mesmo pode se endividar, e como qualquer outro sujeito e deverá responder com a totalidade de seus bens³¹¹. Ocorre que entre seus bens, o salário possui um tratamento diferenciado no momento da execução de dívidas devido a sua debilidade econômica. Assim surge a restrição à execução de créditos laborais, que não está diretamente relacionado ao adimplemento da obrigação do empregador, mas para que o mesmo, nem mesmo os instrumentos de trabalho, sejam comprometidos pelo credor do trabalhador e acabem não alcançando sua finalidade primordial, colocando em risco o meio de subsistência do trabalhador. Com isso, entre seus bens do trabalhador o salário e os instrumentos de trabalho possuem um tratamento diferenciado no momento da execução de dívidas.

A finalidade desta proteção consiste na concepção de que o crédito laboral auferido pela atividade profissional do trabalhador possui o caráter de manutenção do seu

de Imposto de Renda de Pessoas Físicas nos Artigos 42 e 43 refere à obrigação de se declarar e realizar a retenção tributária sobre pagamentos em espécie.

³¹⁰ VILLALÓN, Jesús Cruz. *Compendio de Derecho del Trabajo. Séptima Edición*. Ed. Tecnos: Madrid. 2014. Página 284.

³¹¹ Cf. exposto no Artigo 1911 do Código Cível de Espanha.

meio de vida, e caso não houvesse nenhuma limitação na execução dos credores, o trabalhador

O Artigo 27.2 do ET e o Artigo 607 da Ley de Enjuiciamiento Civil buscam criar um equilíbrio entre os interesses do trabalhador devedor e de seu credor, tornando absolutamente inexecutável os instrumentos de trabalho, quando seu valor não guarde proporção com a quantia da dívida, e o salário equivalente a quantia do SMI.³¹²

Em complemento aos valores inexecutáveis de forma absoluta, há a retribuição relativamente inexecutável, cujo valor é referido pelo Artigo 607.2 da LEC, que estipula uma progressão de quantias salariais garantidas quando o salário ultrapasse a quantia do SMI. Para o importe do dobro do SMI pode ser executado trinta por cento, até o importe equivalente a cinco SMI, em que é possível executar até noventa por cento do excedente.³¹³

Com isso a legislação consagra a concepção de que o salário constitui rendimento fundamental para o meio de vida do trabalhador, protegendo sua remuneração com a proibição de execução do SMI e criando um escalonamento proporcional para valores superiores.

2.5.3. A preferência do crédito salarial

Outro elemento que completa o que se pode denominar de *sistema de proteção ao salário* trata de regular a execução do patrimônio do empregador frente à seus credores no caso de situação de insolvência, situação que pode colocar em risco a capacidade do empregador em adimplir a remuneração devida aos trabalhadores³¹⁴. Observa-se que com a preferência executória de determinado crédito a legislação inegavelmente pretere a outro crédito, gerando notadamente uma fratura na relação de

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. Página 395. A utilização do SMI como valor de proteção do salário à credores decorre da concepção de que este valor possui caráter de mínimo vital indisponível ao trabalhador, devendo necessariamente chegar ao alcance do trabalhador. Deve-se ressaltar que dessa concepção não se pode confundir o SMI enquanto norma alimentícia, pois suas origens são distintas.

³¹³ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 680. A proteção de embargo do salário somente não se estende ao pagamento de alimentos, de modo que o tribunal deverá fixar a quantia de pode ser embargada como expõe o Artigo 608 da LEC.

³¹⁴ A legislação relacionada a proteção do crédito laboral é inspirada nas disposições da Convenção 173 parte II da OIT ratificado por Espanha.

igualdade entre os credores, o que só se mostra justificável devido ao fundamento consubstanciado na fragilidade econômica dos trabalhadores frente à outros credores.

Ainda assim não é razoável que se determine uma proteção absoluta capaz de ferir expectativas reais de outros credores, de modo que o regime jurídico deve necessariamente satisfazer diferentes interesses. Neste sentido o às normas executórias devem ter como finalidade, na maior medida do possível, a manutenção da continuidade da atividade empresarial, o adimplemento da maior quantidade de credores possíveis e a garantia de uma justa divisão dos ativos do empregador.

Devido ao objetivo de apresentar um panorama geral sem deixar de alcançar a profundidade desejada sobre o tema, será apresentado o que se entende por mais relevante quanto ao caráter privilegiado do crédito laboral em Espanha, em que não serão abordados os procedimentos específicos para alcançar a satisfação do mesmo.

Inicialmente, deve-se ponderar que a proteção ao crédito laboral se situa para casos em que o empregador se encontre em situação de insolvência, ou seja, em que seu patrimônio já não é suficiente para adimplir suas dívidas, vencíveis e exigíveis, podendo haver uma execução singular ou universal. Nesta hipótese a legislação concede uma hierarquização dos créditos da *massa passiva*, sendo concedidos diferentes privilégios de preferência para a cobrança do crédito laboral.³¹⁵

No caso de a execução ser realizada de forma singular a legislação aplicável é prevista no Artigo 32 do ET pelo qual o crédito laboral possui três diferentes níveis de preferência, nos quais são combinados diferentes elementos como o tempo de salários não adimplidos, o valor da mora ou o tipo de bem a ser executado. O primeiro nível de preferência, considerado como “*superprivilegio*”, considera que os créditos salariais dos últimos trinta dias de trabalho e em quantia não superior ao dobro do SMI são preferíveis sobre qualquer outro crédito, e incidem sobre a totalidade dos bens do empregador sem limitação. Este é o mais alto nível de proteção ao crédito contraído pelo empregador, preferente até mesmo os bens gravados com garantia real.

O segundo nível de preferência determina os créditos salariais não alcançados pelo primeiro nível de proteção seja em função do tempo (trinta dias) ou do valor (dobro do SMI), também goza de preferência sobre qualquer outro crédito, porém refere-se

³¹⁵ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 651

somente aos objetos, moveis ou imóveis, elaborados pelos trabalhadores. Esta é uma preferência denominado de “*privilegio refaccionario*”, não havendo limitação de quantia ou período, pois limita-se aos bens elaborados pelos trabalhadores. Esta proteção suscita dúvidas quanto a definição dos bens elaborados pelo trabalhador, sendo aparentemente excluído o patrimônio imaterial consistente do serviço realizado e também a matéria prima ainda não submetida ao processo de transformação produtiva.

O terceiro nível de preferência é constituído pelos créditos salariais não incorporados nos níveis anteriores e se limita a três vezes o valor do SMI pelo número de dias pendentes de pagamento, ou também a indenização por dispensa, gozando de preferência sobre qualquer outro crédito, exceto os gravados com direito real, conforme Artigo 32.3 da LET.³¹⁶ Para as quantias não garantidas pelos três privilégios utiliza-se como fundamento as normais gerais de direito civil que atuam com caráter supletivo, incluindo nestas também às indenizações não decorrentes de despedimento como diárias e afins.

Havendo a declaração do concurso dos créditos na execução universal são aplicadas as disposições da LC, especificamente o Artigo 84.2 que dispõe sobre o privilégio dos créditos laborais no concurso. As disposições da LC são muito semelhantes ao exposto no ET, se devendo levar em conta o abatimento dos gastos realizados na formação do concurso, mantendo-se os três níveis de proteção aos créditos laborais.

Com isso é necessário evidenciar que a proteção do crédito laboral em Espanha é composta por três grupos bem definidos, sendo eles os requisitos de forma, tempo e lugar, a garantia de não execução relativa do salário e os privilégios do crédito laboral na execução por insolvência do empregador. A partir destas disposições jurídicas se deduz que o sistema laboral de Espanha tutela de forma adequada o adimplemento e a percepção do crédito salarial com a finalidade de fazer com que este cumpra a função de garantir um meio de vida adequado ao trabalhador e suprir suas necessidades emergentes.

2.5.6. O Fundo de Garantia Salarial

Por fim, mostra-se imperioso analisar o instituto do Fundo de Garantia Salarial, que mesmo não sendo propriamente um meio jurídico de proteção ao crédito salarial, atua como garantia do adimplemento de ao menos parte do salário devido pelo

³¹⁶ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 682.

empregador insolvente.³¹⁷ O FGS é um instrumento jurídico público dependente do Ministério do Emprego e Segurança Social de Espanha, criado para alcançar a satisfação do adimplemento dos salários quando, mesmo com as proteções legais do crédito laboral, não se alcança o pagamento do salário dos trabalhadores com inspiração na Diretiva 87/164/CEE e 202/74/CE e na Convenção 173 da OIT.

Em Espanha a regulação do fundo foi implantada em 1976 e atualmente a regulação básica decorre do Artigo 33 do ET e do Real Decreto 505/1985³¹⁸. Segundo o Artigo 33 do ET o FGS é um organismo autónomo dependente do Ministério do Trabalho com personalidade e capacidade jurídica para atingir seus fins. O financiamento do fundo tem carácter interempresarial e é realizado mediante pagamento de cotas.³¹⁹

O âmbito de aplicação do FGS incide sobre todos os trabalhadores assalariados e atua no pagamento de créditos salariais não adimplidos pelo empregador nos casos de execução singular ou de concurso de créditos, semelhante a uma espécie de última responsabilidade subsidiária ou podendo-se comparar à uma espécie de seguro pelo inadimplemento de parcelas salariais ou indenizações, e em outros casos, para rescisão contratual derivada de força maior, conforme exposto no Artigo 51.7 do ET.

Para a percepção do FGS o trabalhador deve esgotar os meios de satisfação do crédito laboral com o empregador e grupo económico, ou no caso de realizar trabalho temporário, a empresa de trabalho temporário também é responsável pelo pagamento de salário.³²⁰

Existe uma limitação de valores pelo qual o FGS assume o pagamento de salários, sendo estes até o limite de duas vezes do SMI diário até um máximo de 120 dias de salários devidos, conforme Artigo 33.1 do ET, mediante abertura de processo administrativo. Além dos salários devidos o FGS também resguarda o pagamento de indenizações por extinção do contrato conforme o Artigo 33.2 do ET, com limite quantitativo de uma anualidade até o limite de duas vezes o SMI.

³¹⁷ Para uma análise completa do instituto vide: BUJ, Remedios Roqueta. *La Acción Protectora del FOGASA*. Ed. Tirant lo Blanch: Madrid. 2017

³¹⁸ A regulação do fundo observa as determinações expostas na Convenção 173 da OIT sobre proteção dos créditos laborais em caso de insolvência do empregador bem com segue as diretrizes expostas na Diretiva 2008/94/CE de 22 de Outubro de 2008.

³¹⁹ BUJ, Remedios Roqueta. *El fondo de garantía salarial*. Madri: La Ley. 2009. Página 35

³²⁰ VALVERDE, Antonio Martín. GUTIERREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo. MURCIA, Joaquim García. *Derecho del trabajo*. Página 686

Pelo exposto, em sentido amplo, os pontos analisados determinam a estruturas do sistema salarial de Espanha, que por um lado concede um amplo espaço para a estipulação dos salários pela negociação coletiva ou em sua ausência pelo contrato de trabalho e por outro dispõe da regra de universalidade das contraprestações auferidas pelo empregador se presumem salário, com a finalidade de evitar fraudes.

3. A proteção salarial no sistema jurídico português

Assim como exposto nos sistemas jurídicos de Brasil e Espanha a proteção salarial no sistema jurídico português será desenvolvida com a finalidade de verificar os meios de proteção salarial consagrados tanto a nível constitucional como a nível de legislação ordinária. Com isso serão analisados os princípios e regras decorrentes do princípio da proteção do salário sob um panorama amplo.

A análise parte do desenvolvimento dos valores que fundamentaram a promulgação da Constituição da República Portuguesa de 1976 com o reconhecimento e promoção dos direitos sócias, em especial do direito laboral. Posteriormente serão expostos os princípios e as determinações legais que concretizam os valores constitucionais, em especial o Código do Trabalho de 2009.

3.1. A proteção laboral expressa na Constituição Portuguesa de 1976

Os precedentes históricos à constitucionalização dos direitos laborais são de extrema importância pois auxiliam a perceber o seu real sentido e âmbito de atuação. Neste sentido se tem como ponto de partida o fim da monarquia absolutista decorrente da Revolução de 1820 que propôs uma série de valores liberais, tendo em consideração que as primeiras regulações ao trabalho datam da segunda metade do século XIX e estão diretamente relacionados com matéria de saúde e segurança no trabalho, pelo qual justamente em função dos referidos valores liberais os textos jurídicos não mais evoluíram sobre a matéria laboral.³²¹ Uma segunda concepção emerge logo nos primeiros anos após a proclamação da Primeira República em 1910, pelo qual é desenvolvido novos

³²¹ Neste sentido tem como referência o Decreto de 3 de Outubro de 1860 sobre a insalubridade nos estabelecimentos industriais.

direitos laborais no ordenamento jurídico português como o direito à greve e a regulação do tempo de trabalho.³²²

Com o fim da Primeira República e o surgimento do Estado Novo a evolução do direito do trabalho é repartida pela generalidade da doutrina em três períodos, *o autoritário, o corporativo e o liberalizante*. No primeiro período nota-se uma repressão aos movimentos de associações sociais laborais com a proibição da greve, que havia sido consagrada na Primeira República, e por outro lado algumas medidas em matéria de regulação quanto ao trabalho das mulheres na indústria e sobre o trabalho dos jovens.³²³ O período corporativo tem como escopo à ascensão de Salazar e a promulgação da Constituição de 1933 e do Estatuto do Trabalho Nacional (Lei 23048 de 23 de Setembro de 1933) textos inspirados pela lógica autoritária e nacionalista, pelo qual o capital, a propriedade e o trabalho devem servir a função social em regime de cooperação económica e de solidariedade, que por um lado propõe uma intensa interferência do Estado na relação laboral mas por outro consagra uma série de regulações laborais, entre elas a concepção de salário humanamente suficiente (Artigo 21 do referido diploma).³²⁴ Com o fim do modelo corporativo em 1968 inicia-se um processo de liberalização do setor produtivo proposto por Marcelo Caetano enquanto presidente do Conselho de Ministros, produzindo efeitos no direito do trabalho quando da substituição do regime jurídico vigente pelo Decreto-Lei n.º 49408 de 24 de Novembro de 1968. No âmbito salarial a legislação foi inovadora pois disciplinou a matéria de forma sistémica nos Artigos 82 à 97.³²⁵

Uma nova concepção é instaurada desde os movimentos de 25 de Abril de 1974 que resultou no processo constituinte e posteriormente na Aprovação da Constituição da República Portuguesa de 1976, pelo qual a evolução do direito laboral posterior é diretamente ligada aos valores e preceitos constitucionais. Destaca-se que no governo provisório houve a criação do salário mínimo pelo Decreto-Lei 217/74 bem como intensa produção legislativa anterior a entrada em vigor da constituição. Com a entrada em vigor da Constituição de 2 de Abril de 1976 que tem como fundamento um intenso diálogo entre os diferentes espectros políticos e que consagra de forma expressa um amplo

³²² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho*. Página 35 – 40

³²³ Regulações decorrentes do Decreto 14.498 de 29 de Outubro de 1927.

³²⁴ LEITE, Jorge. ALMEIDA, F. Jorge Coutinho de. *Direito do trabalho 8ª edição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. Páginas 50 - 53

³²⁵ XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho*. Página 100

catalogo de direitos sociais, especialmente em matéria trabalhista, desloca-se toda a análise da produção legislativa ao âmbito de constitucionalidade.³²⁶

O enquadramento do direito do trabalho no texto constitucional português se dá numa perspectiva de direitos fundamentais, enquanto um conjunto de preceitos normativos que definem a partir de posições jurídicas subjetivas o estatuto fundamental das pessoas na sociedade política atribuídas ou reconhecidas aos indivíduos exposta na Parte I da Constituição. Nota-se desde logo que o âmbito material dos direitos fundamentais não se conduz somente ao catalogo contido expressamente na Parte I, pois o Artigo 16, n.º 1 refere que “*os direitos fundamentais consagrados na constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*” no sentido de atribuir uma *abertura material* ao conceito de direitos fundamentais, como por exemplo o reconhecimento de direitos fundamentais expressos na *DUDH* ou pelas Convenções da OIT, desde que reconhecidos e ratificados.³²⁷

Outra importante noção quanto aos direitos fundamentais contidos na constituição decorre da existência do regime (material e orgânico) de proteção especial denominada de regime dos *direitos, liberdades e garantias* referente aos direitos expostos no Título II, nos termos do Artigo 17 da CRP, sendo que este regime é estendido aos direitos fundamentais com natureza análoga aqueles. Ressalta-se que a divergência de posições sobre a noção e extensão do referido regime é absolutamente extensa pelo qual, em função da objetividade do trabalho, limitaremos a referir que os direitos laborais diretamente tutelados pelo referido regime.

A CRP contempla amplas disposições sobre matéria laboral, introduzindo um *corpus* de normas relativos ao trabalho, pelo qual se denomina constituição laboral. Ressalta-se que as normas constitucionais fundamentais gerais, ou seja, os direitos fundamentais aplicáveis à todos os sujeitos também são aplicáveis aos trabalhadores subordinados com maior ou menor intensidade visto que o indivíduo não abdica seus direitos de cidadão ao ingressar na relação laboral, pelo qual destaca-se o direito de resistência (Artigo 21), direito à integridade pessoal (Artigo 25), liberdade de expressão

³²⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *A constituição portuguesa como fonte do Direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores*. In: *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina. 2004. Páginas 166 – 167. O autor refere sobre os valores sociais propugnados pela constituinte que originaram uma intenso reconhecimento constitucional de questões laborais, tendo como valor maior, a noção de Estado de Direito e de Democracia.

³²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição. 2012. Coimbra: Almedina. 2012. Página 74 – 75

e informação (Artigo 37), liberdade de consciência, religião e culto (Artigo 41) entre outros.³²⁸

Outra dimensão é expressa na Parte I, Título II pelos já referidos *direitos, liberdades e garantias* que são os direitos laborais com natureza liberal, nomeadamente o direito de livre escolha da profissão (Artigo 47), a garantia de segurança no emprego (Artigo 53), direito de formar comissão de trabalhadores (Artigo 54), liberdade, associação sindical e força normativa da negociação coletiva (Artigo 55 e 56) e o direito à greve e proibição de *lock-out* (Artigo 57). Estes são os direitos decorrentes da concepção liberal do trabalho, indispensáveis para garantir o livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador frente à subordinação existente na relação de trabalho a partir do reconhecimento das “estruturas coletivas”.³²⁹

Uma terceira dimensão é referida no Título III denominado de *direitos económicos, sociais e culturais* que, relativo ao âmbito laboral, é exposto no Artigo 58 que todos tem direito ao trabalho, sendo que o Estado tem o dever de promover políticas no sentido de criação e qualificação dos postos de trabalho. A referida norma tem sido interpretada enquanto um direito fundamental programático pelo qual o indivíduo não possui o direito subjetivo de exigir do Estado ou mesmo dos particulares a concretização do direito.

Em relação ao âmbito salarial a CRP dedica importante função ao salário, tipificado pelo Artigo 59º, n.º 1 ao referir que todos os trabalhadores tem direito à *retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna*. O n.º 2 a) do referido artigo incumbe ao Estado promover e assegurar enquanto concretização de um direito fundamental *o estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o*

³²⁸ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Página 39. Neste sentido observe que o trabalhador mantém no contrato de trabalho todos os direitos de que é titular enquanto sujeito da sociedade, mas nem por isso poderá exercê-los sempre do mesmo modo, pois ainda que plenamente eficazes, excetuam-se as situações a que a eficácia se ponha em confronto com interesses legítimos do empregador, como por exemplo a liberdade de expressão que poderá ter como limite algum sigilo interno do ente empregador.

³²⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *A constituição portuguesa como fonte do Direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores*. Página 185

desenvolvimento. Por fim é referido no n.º 3 do mesmo artigo que *os salários gozam de garantias especiais* a partir dos critérios determinados pela legislação.

Nota-se que o salário, denominado pelo texto constitucional enquanto *retribuição*, corresponde a direito fundamental de todo o trabalhador, sendo compreendido enquanto direito análogo aos *direitos, liberdades e garantias* expressos no Artigo 17 da CRP sendo também entendido enquanto direito subjetivo de aplicação direta, como será analisado de forma específica no decorrer do estudo.³³⁰

Após a promulgação do texto constitucional o sistema jurídico laboral procedeu em sede legislativa com modificações legislativas com a finalidade de regular formas atípicas de contratos de trabalho, como o contrato a termo e contrato temporário bem como em sede de flexibilização da jornada de trabalho, mantendo grande parte das legislações prévias à CRP. Em função da dispersão legislativa e da própria necessidade de se criar uma linha condutora entre as diferentes regulações o Código do Trabalho de 2003 foi aprovado com a finalidade de sistematizar e consolidar conceitos das normas laborais, renovar e dar eficácia no âmbito da negociação coletiva e flexibilizar e adaptar as relações laborais as novas exigências da economia.³³¹

O Código do Trabalho de 2003 foi alterado pelo Código do Trabalho de 2009 que manteve boa parte da estrutura sistematizada pelo código anterior, estabelecendo um conjunto de matérias que a negociação coletiva só poderia regular em sentido mais favorável ao trabalhador (Artigo 3, n.º 4), determinação da presunção de laboralidade por critérios objetivos (Artigo 12, n.º 1), entre outras alterações.³³² Em 2012 a partir do compromisso assumido por Portugal com o Memorando da *Troika* foi proposta outra reforma laboral, pelo qual o CT de 2009 foi revisto pela Lei 53/2011, pela Lei 3/2012 e pela Lei 23/2012, que introduziram no código, entre outras, modificações quanto ao regime de horário de trabalho, redução da remuneração do regime suplementar, ajustes

³³⁰ O Tribunal Constitucional Português tem considerado o direito ao salário (a expressão utilizada pela CRP é *retribuição*) como direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, ainda que tenha natureza manifestamente social, aplicando-se o regime especial de proteção e aplicação dos direitos fundamentais para este. Neste sentido por exemplo o Acórdão n.º 396/2011 refere que “*Direito fundamental, esse sim, é o “direito à retribuição”, e direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias (...)”*”.

³³¹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Considerações gerais sobre o Código do Trabalho*, *Revista de Direito e Estudos Sociais* n.º 44. Página 20. E também: O Código do Trabalho – Directrizes da reforma; sistematização; algumas questões. In: Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea. Coimbra: Almedina. 2004. Página 564. Em que é exposto com clareza os objetivos desenvolvidos no CT.

³³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho*. Página 35 – 40

quanto ao trabalho em feriados, alteração do regime de suspensão ou redução de trabalho por motivos econômicos, e flexibilização dos fundamentos do despedimento.

Ainda que exposto de forma muito célere, esta é uma breve referência sobre o desenvolvimento do direito do trabalho em Portugal à luz do texto constitucional, pelo às referidas disposições constitucionais serão desenvolvidas de forma específica da análise dos meios de proteção salarial existentes na atual legislação trabalhista.

3.2. O sistema salarial expresso no Código do Trabalho de 2009

No sistema jurídico português a noção de salário está intrinsicamente ligada à de contrato de trabalho pelo qual o Artigo 11 do Código do Trabalho define o contrato de trabalho como *“aquele através do qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”*, noção que também é expressa no Código Civil pelo Artigo 1152.³³³

Do ponto de vista jurídico a qualificação da retribuição é inerente à noção de contrato de trabalho, que como já referido na análise de outros regimes, representa o sinalagma jurídico da relação laboral, que por outro lado, do ponto de vista dogmático a retribuição representa o elemento patrimonial do vínculo laboral enquanto dever principal do empregador. A retribuição se mostra como elemento essencial para validade do contrato de trabalho subordinado, afastando-se das figuras do trabalho voluntário e sem fins lucrativos, configurando-se como obrigação principal do empregador, ainda que hajam *obrigações acessórias* decorrentes da relação laboral.³³⁴

A delimitação do conceito de salário pode por vezes suscitar dúvidas, pelo qual buscaremos elucidar algumas questões prévias para posteriormente iniciar a análise do regime jurídico exposto no CT.

³³³ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 230. Recorda o autor que diferente do contrato de trabalho o contrato de prestação de serviço pode não envolver retribuição (Artigo 1154 do CC.).

³³⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*. Página 500. Observa-se que no sistema jurídico português o empregador assume outros deveres em relação ao trabalhador, denominados de *deveres acessórios*, que decorrem do fato de que na relação laboral o *débito remuneratório* do empregador é amplo, não se limitando a uma simples relação de contrapartida do trabalho prestado, identificando-se também deveres de natureza predominantemente pessoal. Neste sentido o CT ressalta o dever de respeito e tratamento urbano do trabalhador (Artigo 127º nº 1 a)), dever de assegurar boas condições de trabalho (Artigo 127º nº 1 c)), dever de contribuir para elevação do nível de produtividade e empregabilidade do trabalhador (Artigo 127º nº 1 d)) entre outros deveres expresso no Artigo 127 do CT.

Ressalta-se que o termo *salário* é utilizado tradicionalmente pela CRP e por legislações avulsas (Lei dos Salários em Atraso, Lei do Salário Mínimo, entre outras) sendo que no CT a expressão é utilizada somente no Artigo 270. A expressão *retribuição* foi preferida na sistematização realizada pelo CT para designar a obrigação assumida pelo empregador como forma de contraprestação pela atividade desenvolvida pelo trabalhador. Neste sentido a expressão é qualificada sendo-lhe atribuída um conceito próprio. O termo remuneração é referido em textos normativos internacionais e comunitários (Artigo 157 do TFUE) bem como mantém um sentido histórico em decorrência de sua tradição em legislações passadas, sendo abandonado pelo código de 2003 e posteriormente pelo código de 2009 em favor da expressão *retribuição*.³³⁵

A partir deste panorama se nota a existência de divergência doutrinal sobre a pluralidade de sentido atribuído à da expressão remuneração face ao sentido restrito da expressão *retribuição*, uma vez que a primeira foi abandonada pelo código em preferência da uniformização da segunda. Neste sentido se averte que o conceito da expressão *retribuição* pode possuir sentido diverso em função do prisma dogmático que se compreenda. Outra observação pertinente decorre da constatação de que a expressão *retribuição* possui sentido diverso em outras áreas do direito.³³⁶

A divergência sobre os referidos conceitos decorre de uma tradição doutrinal na distinção da expressão remuneração em sentido amplo, correspondendo ao conjunto de vantagens patrimoniais que o trabalhador se beneficie em razão do contrato de trabalho que pode ou não decorrer diretamente do trabalho prestado da remuneração em sentido estrito (também denominada de *retribuição*) que corresponde à prestação patrimonial regular e periódica que é devida ao trabalhador pelo trabalho realizado, concepção mais próxima do sinalagma contratual restrito. Ainda que o processo legislativo tenha redefinido o conceitos de remuneração por um sentido mais restrito (designado por *retribuição*), deve-se ter em conta esta distinção dogmática³³⁷ para compreensão do tema

³³⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, parte II – Situações laborais individuais*. Página 505

³³⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 589. Neste sentido é referido que o direito fiscal (Artigo 2º, n.º 1, do Código de IRS) considera *retribuição* todas as “remunerações pagas ou postas à disposição do seu titular” pelo seu empregador.

³³⁷ A distinção é suscitada por Menezes Cordeiro, *Manual de direito do trabalho*, 717 – 712 bem como por Palma Ramalho, *Tratado de direito do trabalho, parte II – Situações laborais individuais*, Páginas 505 – 507. A distinção não é adotada por Romano Martinez, *Direito do trabalho*. Página 606.

pois ela ainda é suscitada pela própria doutrina, jurisprudência e em outras fontes normativas.³³⁸

A construção de um sentido jurídico claro e preciso sobre a retribuição ganha ainda mais importância em decorrência dos efeitos práticos que sua classificação ocasionará, uma vez que a retribuição goza de um significativo campo de proteção jurídica pelo qual buscaremos desenvolver. Tendo em consideração a referida divergência sobre o conceito de remuneração e retribuição, optamos por adotar a expressão utilizada pelo código em função da maior precisão e fidelidade à legislação, suscitando eventual controversa que possa existir.

3.2.1. A noção legal e as formas de retribuição

O enquadramento jurídico da figura da retribuição é realizado no Artigo 258 n.ºs 1 e 2 do CT, pelo qual é possível identificar três elementos fundamentais sendo estes, *à contrapartida pela atividade do trabalhador decorrente da relação laboral*, *o pagamento de forma regular e periódica* e *o valor patrimonial da contraprestação*.³³⁹

Do primeiro elemento se extrai o já referido vínculo jurídico entre a retribuição e a atividade desenvolvida pelo trabalhador em sentido abstrato enquanto contrapartida negocial do empregador ou seja, que a contraprestação tenha o ânimo de retribuir o trabalhador. Decorre deste elemento a obrigatoriedade da prestação efetuada pelo empregador, afastando liberalidades auferidas com *animus donandi*.³⁴⁰ Neste sentido não é enquadrada no sentido jurídico de retribuição à contrapartida que não possua vínculo decorrente do contrato de trabalho. É sobre este elemento que é construído a ideia

³³⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, parte II – Situações laborais individuais*. Página 505

³³⁹ Deve-se observar por vezes é entendido sobre a existência de mais elementos dos que os referidos, sem contudo alterar o sentido aqui desenvolvido. Neste sentido vide: RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, parte II – Situações laborais individuais*. Páginas 505 – 507. A autora adota a distinção de cinco elementos, respectivamente os referidos incluindo ainda o fato da retribuição decorrer de um direito do trabalhador para afastar as parcelas decorrentes do *animus donandi* do empregador e também o elemento da retribuição resultado do contrato de trabalho ou de sua remissão para instrumento de negociação coletiva.

³⁴⁰ Observa-se a análise realizada no Ac. STJ de 21/04/2010 proc. 2951/04.4TTCSB.S1 in <http://www.dgsi.pt> acessado em 04/02/2018. A decisão refere que o fato do empregador disponibilizar automóvel ao trabalhador conferindo o direito de utilizar em sua vida particular, incluindo em dias feriados, fins de semana e férias demonstra o caráter retributivo da prestação.

de que, ainda que existem diversas exceções à regra, não é devido retribuição quando for realizado trabalho^{341, 342}.

O segundo elemento se refere à retribuição como aquela realizada de forma *regular e periódica* pelo qual se extrai o caráter de execução continuada da prestação laboral uma vez que a retribuição tende a se repetir no decorrer do contrato de forma pré-definida, em contraponto à ideia de se aguardar longos lapsos de tempo para o cumprimento da retribuição, ainda que possa variar quanto a unidade de tempo. A regularidade diz respeito à ideia de que a retribuição deve ser constante e previsível por motivos de salvaguarda das expectativas do trabalhador. Com isso as contraprestações concedidas pelo empregador de forma ocasional e imprevisível são afastadas da ideia de retribuição.³⁴³

O caráter *patrimonial* da retribuição dispõe que a contraprestação deve ser realizada em dinheiro ou em espécie³⁴⁴, impedindo que sejam realizadas contrapartida simbólica pelo qual não se possa atribuir valor financeiro.³⁴⁵

O referido enquadramento legal poderá suscitar dúvida quanto à natureza de determinada prestação pelo qual, quando da análise do caso em concreto, o referido conceito deve ser complementado com a presunção retributiva *iuris tantum* (Artigo 258, n.º 3). Este preceito atribui ao empregador comprovar que a contraprestação não possui natureza retributiva, e no caso de restar dúvida, deve ser atribuído os efeitos retributivos.³⁴⁶

A legislação atribui uma função ao conceito de retribuição (Artigo 258 n.º 4) servindo de base para aplicação do “*regime de garantias*” desenvolvido pelo próprio CT, sem contudo determina-lo, pelo qual entende-se que corresponde pela limitação à descontos, compensação e cessão do crédito (Artigo 279 e 230), à atribuição de mora ao

³⁴¹ Neste sentido por exemplo a legislação determina que não é devido retribuição ao trabalhador que falte ao trabalho sem justificativa válida (Artigo 256º n. 1 do CT) no período em que o trabalhador aderir à greve (Artigo 541, n.º 1 do CT) ou que seja impossibilitado de realizar atividade por mais de um mês (Artigo 295, n.º 1 do CT).

³⁴² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, parte II – Situações laborais individuais*. Página 509

³⁴³ Sobre a utilização dos referidos critérios na definição de periodicidade e regularidade vide Ac. STJ de 20/02/2008 Proc. 07S2910/JSTJ000 in <http://www.dgsi.pt> acessado em 04/02/2018.

³⁴⁴ Quando a retribuição for realizada em espécie deve respeitar os requisitos expressos no Artigo 259 pelo qual não podem ultrapassar cinquenta por cento do valor total da retribuição bem como atender às necessidades pessoais do trabalhador e de sua família.

³⁴⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 594

³⁴⁶ VASCONCELOS, Joana. *Código do trabalho Anotado*. Página 633. Sobre a utilização da presunção salarial o Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 01/10/2015, Proc. 4156/10 in <http://www.dgsi.pt> acessado em 04/02/2018

crédito (Artigo 323), a irredutibilidade da retribuição (Artigo 129) entre outras garantias (333 à 336). Com a determinação de prestação na qualidade de retribuição é referido que não necessariamente todos os efeitos devem ser atribuídos, observando-se a natureza da atribuição³⁴⁷

No que diz respeito ao estabelecimento das diferentes modalidades retributivas vigora, dentro de certos critérios, o princípio da autonomia privada, sendo lícito os sujeitos escolherem a modalidade que melhor lhes convém para desenvolverem a atividade laboral. Com fundamento nesta autonomia contratual a retribuição será certa quando calculada unicamente a partir do critério tempo, variável³⁴⁸ quando calculada em função de determinado critério ou fator de produtividade ou mista quando consistir em uma parte calculado pelo critério de tempo e outra parte a partir de critério variável (Artigo 261 n.º 1 do CT). Os referidos critérios são uteis para definir o critério de cálculo da retribuição, como ocorre com às comissões (quando possuírem natureza retributiva).³⁴⁹

A estrutura do modelo de retribuição é composta pela *retribuição base* ligada diretamente ao conceito de retribuição expresso no referido Artigo 258 contrapondo-se às denominadas *prestações complementares* ou *acessórias*, que estão ligadas à fatores especiais relacionados com a prestação, rendimento, mérito ou produtividade do trabalho, ou mesmo por situações pessoais do trabalhador, podendo ou não ter natureza de retribuição consoante partilhem os respectivos elementos essenciais. A retribuição base é definida no Artigo 262 n.º 2 e relaciona-se com a categoria do trabalhador, sendo definida pelo legislado como “a prestação correspondente a atividade do trabalhador no período normal de trabalho”, incluindo-se no conceito eventual diuturnidade (Artigo 262

³⁴⁷ XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Manual de direito do trabalho*. Página 579. Neste sentido o subsídio de aniversário foi considerado retribuição por ser pago de forma regular e previsível, sendo que o empregador não se desincumbiu de provar a natureza não retributiva da prestação. Ac. STJ de 08/05/1996 Proc.004422/JSTJ00030015 in <http://www.dgsi.pt>, aceso em 23/03/2018. Em sentido contrário o Ac. STJ de 21/04/2010, pelo qual o empregador autorizava o trabalhador a utilizar o automóvel

³⁴⁸ O Artigo 261 n.º 3 refere que se deve tomar em conta a média dos valores variáveis do último ano, ou durante a execução do contrato no caso de ser inferior a um ano, para o cálculo do valor do período de férias, (Artigo 264 n.º 1 do CT) ou em caso de despedimento ilícito (Artigo 390, n.º 1 do CT) e quando não da impossibilidade de se auferir o valor médio, nem mesmo haver disposição em instrumento de regulação coletivo, mediante arbitramento judicial.

³⁴⁹ MARTINEZ. Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 606. O autor refere que em decorrência do disposto no Artigo 261 e 273 do CT sobre remuneração mínima garantida deixou de existir a figura da remuneração variável “pura”, pois no caso do trabalhador realizar uma produtividade com valor quantificado inferior ao do salário mínimo, deve ser garantido o valor equivalente a este. Sobre a qualificação da retribuição variável o Ac. Relação do Porto de 8/7/2015, Proc. 410/13, in <http://www.dgsi.pt>, aceso em 23/03/2018.

n.º 2 b)) tendo como fundamento os elementos constituintes da retribuição, dando estabilidade à renda do trabalhador.³⁵⁰

A retribuição base poderá ser certa, variável ou mista (Artigo 261) sendo certa quando calculada em função de tempo de trabalho. Os complementos salariais também podem ser classificados como certos, sendo aqueles que vencem periodicamente como o subsídio de férias (Artigo 264 n.º 2 do CT) e o subsídio de natal (Artigo 263 do CT) ou outros subsídio que possuam uma periodicidade mensal³⁵¹. A retribuição complementar será variável quando possuir menor previsibilidade como ocorre com a comissão.³⁵²

A importância da diferenciação decorre do fato de que na generalidade dos casos ou quando houver omissão, a retribuição base é utilizada como base de cálculo para constituição da retribuição complementar como dispõe o Artigo 262º, n.º 1. A determinação do conceito de retribuição certa visa evitar a incidência de complemento salarial “a” sob complemento “b”, pelo qual utilização para quantificação do mesmo um valor neutro certo.³⁵³

O legislador buscou esclarecer uma série de contraprestações comumente presentes nas relações laborais que podem ou não possuir natureza de retribuição, ainda que da determinação legal suscite dúvidas sobre a natureza destas, pelo qual buscaremos esclarecer. O Artigo 260 expõe entre as prestações incluídas ou excluídas da retribuição às indenizações e ajudas de custo em função do trabalho (n.º 1, a), gratificações e os prémios de bons resultados (n.º 1, b), prestações relacionadas com desempenho ou mérito profissional (n.º 1, c), participação nos lucros e plano de aquisição de ações (n.º 1, d). A compreensão desta norma deve ser realizada a partir dos critérios de qualificação expostos no Artigo 258 para que a partir de então seja possível adequar a causa-função de determinada prestação.

À prestação à título de indenização relacionada ao trabalho como a *ajuda de custo*, *abono de viagem* ou *despesa com transporte* tem como limite, quando forem frequentes, o respeito à razoabilidade do carácter realmente indenizatório, devendo

³⁵⁰ VASCONCELOS, Joana. *Código do Trabalho Anotado*. Página 642

³⁵¹ Como por exemplo as diurnidades (262, n.º 2, b do CT), os subsídios por turno e o trabalho noturno (Artigo 266 do CT), o subsídio de isolamento, o subsídio de risco ou o complemento por isenção de horário (Artigo 265 do CT) e ainda outras prestações relacionadas à atividade com natureza retributiva.

³⁵² FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 354

³⁵³ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 608

respeitar os valores reais de gastos e não serem utilizadas como elemento integrante da remuneração do trabalhador sob risco de serem consideradas retributivas.³⁵⁴

A concepção de gratificação decorre da percepção desta como liberalidade do empregador, pelo qual o Artigo 260º, n.º 3 do CT refere que a *gratificação* devida por força de contrato será qualificadas como retribuição, pois neste caso deixa de existir o *animus donandi* da gratificação realizada pelo empregador, e quando este não for verificado, tanto por decorrer de uma obrigatoriedade contratual como por previsibilidade que afaste o referido elemento, terá carácter remuneratório. Este mesmo raciocínio é atribuído aos *prêmios de bons resultados da empresa e relacionadas ao desempenho do trabalhador*, devendo-se verificar se o benefício decorre do *animus donandi* do empregador ou se está previamente acordado, situação última pela qual o benefício terá natureza retributiva.³⁵⁵

A *participação nos lucros da empresa* também não é considerada retribuição, desde que esteja assegurado ao trabalhador uma retribuição base adequada ao seu trabalho, uma vez que o benefício não possui um vínculo direto com a atividade desenvolvida pelo trabalhador. Ainda que haja regulação específica, as *stock options* seguem a mesma lógica da participação nos lucros.

O CT também classifica alguns institutos que podem ou não possuir natureza retributiva, como o as *diuturnidades* que corresponde à antiguidade do trabalhador na empresa ou em uma determinada categoria (Artigo 262, 2), o *subsídios e o período de férias e de natal* (Artigos 263 e 264) que são complementos anuais devidos em função da relação laboral, acréscimos devidos ao modo de desenvolvimento da atividade como o adicional noturno (Artigo 266), o adicional por isenção de horário de trabalho (Artigo 265), o adicional por exercício de função (Artigo 267) e acréscimo salarial por trabalho suplementar e atividade realiza em feriado (Artigo 268 e 269).³⁵⁶

Devido ao objetivo do presente estudo regista-se que não será desenvolvido (ainda que pertinente) com maior profundidade eventual divergência sobre o seu cálculo

³⁵⁴ Neste sentido sobre a natureza não retributiva da ajuda de custo: Ac. RP de 14/10/2013, Proc1839/10. Em sentido diverso quanto à ajuda de custo internacional: Ac. RP de 10/02/2014, Proc. 397/11, ambos in <http://www.dgsi.pt>, aceso em 23/03/2018.

³⁵⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 588. Neste sentido sobre a natureza do prêmio de assiduidade: Ac. Relação do Porto de 05/10/2015, Proc. 1983/12 in <http://www.dgsi.pt>, aceso em 20/03/2018.

³⁵⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, parte II – Situações laborais individuais*. Página 512

o cálculo e as divergências sobre o enquadramento, pelo qual optamos por realizar referências gerais.

Ainda que não haja referência na legislação deve ser excluído da noção de retribuição a atribuição realizada por terceiro, como é o caso típico das *gorjetas*, pois este valor está para além do sinalagma da relação jurídico laboral, ainda que possa corresponder a considerável parcela da renda do trabalhador em certas atividades ou mesmo quando exista um mecanismo quanto à divisão dos valores entre os trabalhadores. A natureza das *gorjetas* pode ter outra quando for ajustado um valor mínimo a ser satisfeito pelo empregador caso não seja feito por terceiros ou ainda quando exista a obrigatoriedade de adimplemento da contraprestação.³⁵⁷

Em última análise caberá verificar a partir de uma análise qualitativa se uma determinada contrapartida terá natureza de retribuição pelos critérios expostos (Artigo 258 do CT), devendo-se respeitar os limites que a própria legislação dispõe. Refere-se ainda que o enquadramento das prestações incluídas ou excluídas da retribuição resulta a aplicação do que é denominado de *regime de garantias dos créditos retributivos* pelo qual iremos analisar, tal como às normas de retribuição mínima garantida (Artigo 59 n.º 2 da CRP e Artigo 273 do CT), à garantia de irredutibilidade salarial (Artigo 129 n.º 1, d), limites à renúncia, cessão, compensação e penhora (279 e 280 CT) privilégios creditórios (Art. 333 do CT), os mecanismos de responsabilidade solidária (Art. 334 e 335 do CT) e por fim o regime de satisfação do Fundo de Garantia Salarial (Artigo 336 do CT).³⁵⁸

3.2.2. Determinação da retribuição

A partir dos elementos que compõe o conceito de retribuição e da necessidade de se realizar uma análise qualitativa sobre a parcela em concreto e o contexto em que é auferida, passa-se a analisar os fatores que determinam o valor em concreto da retribuição. A quantia retributiva suscita dois níveis de compreensão, o primeiro corresponde à forma de ajuste da retribuição e o segundo se a quantificação respeita o princípio de suficiência

³⁵⁷ CARVALHO, António Nunes. *Notas sobre o regime da retribuição no Código do Trabalho*. In *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Direção de Bernardo da Gama Lobo Xavier e Pedro Romano Martínez, Ano LI (XXIV), 2010, Janeiro – Dezembro. Coimbra: Almedina. 2011. Página 49. Este é o mesmo entendimento operado em Espanha, e em sentido diverso o sistema jurídico brasileiro reconhece alguns reflexos à média mensal de *gorjetas*. Neste sentido o Ac. STJ de 23/01/1996. Cj (STJ) 1996, T. I. Página 249. A decisão não atribuiu natureza retributiva a valor concedido por terceiro na atividade de “*croupier*” de um cassino.

³⁵⁸ FERNANDES, António Monteiro. *A noção de retribuição no regime do contrato de trabalho: Uma revisão da matéria*, in: *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2015. Página 303

salarial. Para melhor desenvolvimento, buscaremos desenvolver neste tópico somente o primeiro nível de compreensão pelo qual analisando a suficiência salarial em tópico distinto.

A determinação salarial é de grande importância uma vez que sua fixação não mais depende somente das regras do mercado enquanto custo da produção e regido pela oferta e procura, devendo ser orientada também, como já referido, pelos aspectos sociais presentes no texto constitucional. A CRP dispõe sobre a determinação da retribuição no Artigo 59, n.º 1, a) ao estabelecer que *o salário deve garantir uma existência condigna* do trabalhador, o que atribui uma função à retribuição, qual seja, a de garantir a existência de condição de vida condigna em uma intensa referência ao valor da dignidade da pessoa humana, fator que deve ser levado em conta nesta análise.

A partir dos parâmetros constitucionais a determinação da retribuição é atribuída principalmente pela negociação coletiva ou em casos mais específicos pelo contrato de trabalho, o que se percebe da organização do CT com uma grande quantidade de normas convenio dispositivas. Observa-se que o contrato individual de trabalho não é a principal via de fixação dos salários pois de um lado a lei interfere quanto ao mínimo garantido e por outro lado surgem os valores ajustados em negociação coletiva, que acabam por corresponder na maioria das vezes ao valor efetivamente atribuído.³⁵⁹

Nos termos do Artigo 270 a determinação do valor da retribuição deve ser determinada pela quantidade, natureza e qualidade do trabalho, bem como pelo vetor da igualdade salarial. Em complemento, o Artigo 271 afirma que o valor da retribuição horária será auferida (principalmente para a determinação do computo de horário extraordinário) com base na fórmula $(Rm \times 12) : (52 \times n)$ em que Rm corresponde ao valor da retribuição mensal e n ao período da jornada normal de trabalho semanal.³⁶⁰

Verifica-se também que na determinação do valor da retribuição deve-se observar o Artigo 270 do CT que reproduz no essencial o Artigo 59, n.º 1 a) da CRP sobre igualdade salarial, tema que será exposto em tópico próprio. Ressalta-se ainda que no caso da retribuição não constar do contrato de trabalho nem de instrumento de regulação coletiva o Artigo 272 n.º 1 do CT estabelece que o julgador deve preencher esta lacuna, não havendo nulidade do contrato, ainda que este seja requisito de validade do mesmo.

³⁵⁹ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 363

³⁶⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho*. Página 297

3.3. O princípio de suficiência salarial e a retribuição mínima garantida

O princípio da suficiência salarial pretende acautelar um nível retributivo mínimo garantido por lei a todos os trabalhadores subordinados. Como já referido, o princípio é desenvolvido no direito internacional a partir da ideia de salário justo, decorrendo desta o mandamento que busca assegurar a subsistência mínima do trabalhador. Neste sentido ressalta-se o conteúdo da Convenção n. 26 da OIT ratificada por Portugal em 1959³⁶¹ e posteriormente pela Convenção 131 de 1970 ratificada por Portugal em 1981³⁶². Ainda no plano dos compromissos internacionais, o sistema Português está vinculado ao Artigo 4º da Carta Social Europeia ratificada desde sua versão original em 1991 pelo qual o Estado deve garantir “*o direito dos trabalhadores a uma remuneração suficiente para lhes assegurar, assim como às suas famílias, um nível de vida decente*”.³⁶³

No plano constitucional a CRP consagra uma série de direitos laborais, entre estes o salário mínimo, referido pelo Artigo 59, 1, a) e 2, a). É determinado que a retribuição deva garantir uma existência condigna do trabalhador, e também que incumbe ao Estado estabelecer e atualizar o *salário mínimo nacional* tendo em conta, entre outros fatores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento no custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências de estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento. A determinação do salário mínimo deve levar em consideração fatores económicos e sociais com natureza contraditória, cabendo ao poder político assegurar às necessidades elementares do trabalhador e contemplar os interesses exigidos pelos ditames da economia e desenvolvimento produtivo.³⁶⁴

No plano infraconstitucional o princípio da suficiência salarial foi desenvolvido pela primeira vez em 1974 pelo Decreto-Lei nº 217/74, tendo sido alterado sucessivas vezes, na generalidade dos casos ampliando o valor do salário mínimo. O sistema legal previa um salário mínimo mensal para a generalidade dos trabalhadores e salários mínimos diferenciados para algumas categorias. Este regime foi revogado com a entrada em vigor do CT de 2003, que foi substituído pelo regime exposto no atual CT. O

³⁶¹ A Convenção foi ratificada pelo Decreto-Lei nº 42521 de 23 de Setembro de 1959.

³⁶² Decreto-Lei nº 77/81 de 19 de junho

³⁶³ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 234.

³⁶⁴ XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Manual de direito do trabalho*. Página 577. Refere-se ainda a existência de previsão constitucional sobre o salário máximo pelo Artigo 54, a na versão de 1976, que deixou de existir em decorrência da revisão constitucional de 1982.

regime legal do salário mínimo consta hoje dos Artigos 273º à 275º do CT sob a designação de “*retribuição mínima mensal garantida*”, concretizando o princípio constitucional.³⁶⁵

O sistema de salário mínimo é nacional, pois é aplicável em todo o território português e interprofissional, pois a partir de 2004³⁶⁶ passou a ser aplicável à todas as categorias de trabalhadores subordinados, podendo ser inferior somente nos casos dos trabalhadores em formação, ou seja, praticantes, estagiários e aprendizes e trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, conforme dispõe o Artigo 275 do CT.

O valor do *salário mínimo* deve ser revisado periodicamente e na generalidade dos casos anualmente, por via de Decreto legislativo, devendo-se para tanto ser consultada a Comissão Permanente de Concertação Social, como dispõe o Artigo 273 I do CT.³⁶⁷ Atualmente a retribuição mínima garantida é fixada pelo Decreto-Lei n.º 156/2017 no montante de 580 Euros.

A legislação atribui valores na forma de retribuição em espécie que pode ser considerados para o cálculo para auferir a retribuição mensal garantida (Artigo 274), incluindo nestes máximos à prestações em espécie como alimentação ou alojamento até o limite de cinquenta por cento do valor da retribuição mensal garantida. Esta norma tem como objetivo limitar a realização de adimplemento em espécie e compelir o empregador à realizar o cumprimento da obrigação, ainda que em parte, em dinheiro. Nota-se também que o cálculo do valor em espécie deve necessariamente ser calculado segundo o preço corrente de cada região, com a finalidade de impedir com que o empregador diminua a retribuição do trabalhador ao auferir retribuição em espécie com valores desconexos com a realidade.

Observa-se ainda que para verificação da remuneração mensal garantida não podem ser contabilizados subsídios, prêmios, gratificações ou outras prestações de atribuição accidental ou período superior ao mês.

³⁶⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 621

³⁶⁶ Anterior ao ano de 2004 o salário mínimo dos trabalhadores do serviço doméstico, da agricultura, silvicultura e pecuária era inferior ao dos demais setores.

³⁶⁷ FERNANDES. António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 234. O autor refere que os preceitos legais não tem alcançado o sentido da norma constitucional que buscou criar uma conotação de suficiência ao salário mínimo pelo qual implicaria a uma relação com o mínimo de subsistência familiar em uma quantia capaz de suprir as necessidades tidas por essências de um agregado familiar, não sendo o conteúdo da norma que fixa um valor (suficiente ou não) que se tem por irredutível, obstando que níveis inferiores sejam consignados na negociação coletiva ou nos contratos individuais de trabalho. Ressalta ainda o fato do salário mínimo ser revisto anualmente com a finalidade de adequação de seu valor à realidade econômica, salvo nos anos de 2012 e 2013 em que não houve a revisão em função do Decreto-Lei nº 143/2010 derivado do processo de estabilidade econômica decorrente da crise mundial.

3.4. Princípio da igualdade salarial

Tendo em consideração o já referido sobre a evolução da concepção de igualdade em sentido amplo e em relação à igualdade salarial no direito internacional³⁶⁸ e a nível comunitário serão verificadas às concretizações do princípio da igualdade salarial no direito Português.

No plano constitucional a CRP afirma expressamente o princípio da *igualdade salarial* sob a determinação de que “*para trabalho igual salario igual*”, o que supõe que as mesmas quantidades e qualidades de trabalho de mesma natureza devem ser valoradas da mesma forma, norma que deve ser articulada com a própria autonomia contratual e liberdade de empresa. Neste sentido o preceito constitucional aponta no sentido da relevância das características individuais da prestação, proibindo-se distinções sem fundamento material, pelo qual se as diferenças salariais assentarem em critérios objetivos serão materialmente fundamentas e não discriminatórias.³⁶⁹ Em razão da consagração do princípio da igualdade salarial no texto constitucional o Tribunal Constitucional, enquanto órgão máximo de interpretação e fiscalização dos preceitos fundamentais, tem verificado a validade de diferentes preceitos legais ou mesmo convencionais.³⁷⁰

Decorre do princípio a noção de que são proibidas distinções injustificáveis à trabalhador ou grupo de trabalhadores, configurando nesta distinção uma discriminação. O CT expõe a matéria de forma geral do Artigo 23 ao 28, sendo que os artigos 30 ao 32 tratam especificamente sobre a igualdade e discriminação em função de sexo, sendo que limitaremos a analisar às normas relacionadas à igualdade salarial.

O princípio constitucional é transporto para o CT pelo Artigo 270 representando uma expressão de equidade, devendo-se respeitar os critérios de quantidade, natureza e qualidade do trabalho. Observa-se também que as convenções coletivas não podem, em geral, estabelecer diferenciações por fatores para além da

³⁶⁸ Verifica-se que Portugal ratificou a Convenção n.º 100 da OIT sobre igualdade de remuneração entre homens e mulheres.

³⁶⁹ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 341. Este é o entendimento da paradigmática decisão do Tribunal Constitucional n.º 313/89, de 9/03/89, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acessado em 21/03/2018.

³⁷⁰ Neste sentido por exemplo o Ac. Tribunal Constitucional n.º 277/99, Proc. n.º 706/98 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018, no qual declarou a inconstitucionalidade da norma decorrente de negociação coletiva por força do preceito constitucional de que “para trabalho igual, salário igual” que atribui condição retributiva mais favorável à trabalhadores a tempo parcial.

natureza das funções da atividade (especialmente quanto ao sexo) tornando-lhes ineficaz às disposições que reservar profissões, categorias ou padrões remuneratórios a somente determinado sexo (Artigo 26,1 do CT). Em um segundo plano o princípio de igualdade salarial exige que os critérios que individualizem o salário levem em consideração a igualdade, podendo haver distinções em função de critérios iguais à todos os trabalhadores e méritos objetivos e explícitos.³⁷¹

O artigo 31 do CT assegura a igualdade de condições de trabalho, em especial quanto a retribuição, entre trabalhadores e trabalhadoras por um trabalho igual ou de valor igual, prestado à mesma entidade empregadora. A legislação também tutela a denominada “*discriminação indireta*” em relação ao sexo referindo que os critérios que fundamentem variações salariais devem ser comuns a homens e mulheres, como forma a evitar que a partir da utilização de critério aparentemente neutro decorra uma real discriminação.

Do ponto de vista de efetivação do princípio da igualdade salarial o CT impõe que o trabalhador fundamente a alegação de desigualdade salarial com a indicação de outro trabalhador ao qual se considera discriminado e havendo identidade de trabalho e diferença salarial é atribuído ao empregador o ônus de provar que a diferença de condição de trabalho assenta em fator objetivo e não reprovável. Trata-se de um mecanismo de distribuição do ônus da prova para tornar eficaz o princípio da igualdade salarial, pois incumbir o trabalhador de prova que seu trabalho possui mesma quantidade, qualidade ou natureza do trabalho realizado por outro colega, frente a possível falta de transparência dos critérios retributivos, tornaria o princípio ineficaz. O princípio da igualdade salarial tem sido questionado sobre a possibilidade de existência de desigualdade justificada em razão da atribuição sindical do trabalhador, pelo qual tem sido entendido uma distinção fundamentada em critérios objetivos.³⁷²

³⁷¹ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 343. Neste sentido Ac. STJ 18/12/2013, Processo 248/10.0TTBRG.P1.S1, in <http://www.dgsi.pt>, acessado em 18/02/2018 bem como Ac. STJ 14/12/2016 Processo 4521/13.7TTLSB.L1.S1 in <http://www.dgsi.pt>, acessado em 18/02/2018. As decisões sustentam que o princípio constitucional de igualdade salarial proíbe distinções salariais fundadas em motivos ilegítimos e não toda e qualquer diferenciação salarial.

³⁷² Neste sentido o Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 21/04/2010, Proc. 1531/08.0TTLSB.L1.S1, in <http://www.dgsi.pt> acessado em 20/05/2018, entendendo ser constitucional a distinção salarial decorrente de negociação coletiva pelos seguintes fundamentos “I - O art.º 59.º, n.º 1, al. a) da CRP confere um direito fundamental aos trabalhadores que se cifra em eles, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, serem retribuídos pelo seu trabalho segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual. II - Este princípio está ancorado no princípio, mais amplo, da igualdade, consignado no art.º 13.º da CRP e, dada a sua natureza, não obstante a respectiva inserção no Título III, postula não só uma natureza negativa (no sentido de proibição da respectiva violação), como ainda uma aplicabilidade directa em moldes similares aos direitos, liberdades e garantias incluídos nos Títulos I e II da sua Parte I, impondo-se a sua aplicação e vinculatividade às entidades públicas e privadas, como comanda o n.º 1 do

Nota-se que o princípio da igualdade salarial não impõe uma “igualdade opressiva” com a finalidade de igualar todo e qualquer posto de trabalho, pelo qual a própria CRP dispõe sobre o condicionamento do princípio à quantidade, qualidade e à natureza do trabalho realizado, sendo válidas distinções fundamentadas no mérito ou outras condições especiais.³⁷³

3.5. O Cumprimento da obrigação

O cumprimento da obrigação retributiva do empregador é condicionada a certos requisitos presentes nos Artigos 276 à 278 do CT respectivamente quanto à forma,

art.º 18º. III - Neste contexto, vem sendo defendido que quando se deparam situações em que se patenteia, sem mais, que um dado trabalhador não beneficiou de um aumento salarial idêntico àquele que foi conferido a outros trabalhadores que na mesma empresa desempenham tarefas absolutamente semelhantes em qualidade, quantidade, duração, intensidade, dificuldade, penosidade e perigosidade, têm a mesma categoria profissional e detêm as mesmas qualificações profissionais, só pela circunstância de ele pertencer a uma organização sindical que não assinou o acordo de empresa ou não ser sindicalizado, tal implicava a postergação do direito consignado no art.º 59.º, nº 1, al. a) da CRP. IV - Contudo, como decorre do apelo à paridade de circunstâncias, mister é que a razão da diferenciação resida, tão só, no facto de o trabalhador não beneficiado pelos aumentos em condições idênticas às desfrutadas por outros não ser associado da organização sindical ou das organizações sindicais que outorgaram o acordo de empresa, ou não ser sindicalizado. V - Não se pode afirmar a violação do princípio de «para trabalho igual salário igual», quando na acção apenas se apurou que determinado trabalhador (que o A identifica), auferiu retribuição de valor superior à auferida pelo A e tem a mesma antiguidade na empresa que ele, mas nenhuma outra circunstância de identidade entre ambos se provou, como sejam, a categoria profissional e as condições, qualidade e quantidade de trabalho e de desempenho de funções desse trabalhador. VI - Nos termos do n.º 3 do art.º 23.º do CT incumbe a quem alegar a discriminação, fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, cabendo ao empregador provar que as condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n.º 1 daquele artigo, consagrando, assim, uma inversão da regra geral do ónus da prova estabelecido no art.º 342.º do CC, de sorte a fazer impender sobre a entidade empregadora a prova de que o tratamento desfavorável conferido ao trabalhador se não fundou naqueles factores, antes tendo esse tratamento justificação bastante, dotada de plausibilidade. VII - Assim, não se pode afirmar a existência de discriminação do A relativamente ao pagamento dos prémios de produtividade, por o mesmo ser membro de uma estrutura de representação colectiva de trabalhadores ou por ter dado faltas pelo exercício de actividades enquanto representante dos trabalhadores, quando dos autos resulta que a R. demonstrou que tais prémios foram conferidos de harmonia com o desempenho profissional justificado dos trabalhadores e não foi com esteio nessas situações que processou ao A. aqueles prémios. VIII - A concessão de aumento salarial que a R. atribuiu aos seus trabalhadores associados dos sindicatos federados na confederação sindical que veio a celebrar um instrumento de regulamentação colectiva de trabalho com a R. ou que, não o sendo, vieram a aderir a esse instrumento, resultaram dessa mesma forma de normação privada, necessariamente de âmbito mais vasto de que aquele meramente incidente sobre os ditos valores. IX - Não existe discriminação do A por a R. não lhe ter concedido aumentos salariais nos anos de 2003, 2004 e 2005 quando está demonstrado que a R. procedeu a esses aumentos salariais por força do acordo de empresa celebrado com diversas associações sindicais, aumentos esses que resultaram da aplicação de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho celebrado entre si e a FETESE e outros sindicatos, instrumento esse que a R. aplicou aos trabalhadores filiados nas associações sindicais outorgantes e a todos os restantes trabalhadores que a ele pretendessem aderir, mediante declaração para o efeito e, está, ainda, demonstrado que o A era filiado num sindicato que com a R. mantinha um outro instrumento de regulamentação que entendeu não aderir aquele e, ele próprio, não aderiu à sua aplicabilidade”.

³⁷³ Gomes, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho Volume I*. Página 788

lugar e tempo, pelo qual passamos a analisar. Nota-se também que no plano internacional Portugal ratificou³⁷⁴ a Convenção n.º 95 da OIT sobre proteção do salário, pelo qual às normas devem ser integradas ao sistema de proteção referido no CT.³⁷⁵

3.5.1. O tempo do cumprimento

O tempo pode influenciar a retribuição de duas formas, enquanto unidade de cálculo (Artigo 261 do CT) ou como elemento da própria figura da remuneração enquanto elemento de vencimento, impondo que a obrigação retributiva seja pautada pelo imperativo de periodicidade. O CT demonstra flexibilidade admitindo que seja convencionado a sua periodicidade por negociação coletiva, e na ausência desta, pode ser estipulado pela semana, quinzena ou mês (Artigo 278,1).³⁷⁶ Decorre do CT o fundamento de que o empregador deva respeitar a pontualidade do cumprimento da obrigação em reverência às necessidades do trabalhador, que tem na retribuição sua principal fonte de rendimento, não sendo plausível que o trabalhador, que na grande maioria dos contratos atua na relação laboral como credor, não possua um mínimo de previsibilidade.³⁷⁷

Ainda que não represente um imperativo legal, vigora a ideia de pós remuneração, ou seja, de que primeiramente a atividade laboral é prestada e somente após é retribuída. A periodicidade da retribuição também refere que esta vença automaticamente em função do tempo, não sendo exigível que o trabalhador tenha que postular seu adimplemento uma vez que decorre de obrigação do empregador efetua-la.³⁷⁸ É determinado ainda que o adimplemento deve ocorrer em dia útil, no período de trabalho ou imediatamente após este, sendo que o não cumprimento do pagamento pontual da retribuição, isto é, até o prazo limite estipulado, põe o empregador automaticamente em situação de mora (278 n.º 5).

3.5.2. Forma de adimplemento

Em atenção à forma, o empregador deve respeitar algumas determinações legais (Artigo 276 do CT) para realizar corretamente o adimplemento pontual da retribuição e evitar entrar em mora com o trabalhador. A retribuição deve ser realizada em dinheiro, ou estando acordado, em prestações em espécie nos limites do Artigo 259

³⁷⁴ A referida Convenção foi ratificada por Portugal pelo Decreto 88/81 de 14.7.81

³⁷⁵ XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Manual de direito do trabalho*. Página 567

³⁷⁶ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Página 267

³⁷⁷ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 365

³⁷⁸ XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Manual de direito do trabalho*. Curso. 614

n.º 2. Não há disposição sobre a moeda em que o adimplemento deve ser realizado, sendo diversa do Euro, deve ser aplicado o disposto no Artigo 558 do CC. Observa-se que ainda que não exposto nesta lógica, a retribuição em espécie também deve observar particularidades quanto a forma de adimplemento (Artigo 295 CT). É imperativo que o valor retribuído em espécie tenha a finalidade de satisfazer as necessidades pessoais do trabalhador ou de sua família, devendo também corresponder ao seu valor real e não ser superior à cinquenta por cento da retribuição total.³⁷⁹

A parte da retribuição realizada em dinheiro não exclui outras formas de cumprimento da obrigação, podendo ser realizada por cheque, vale postal ou depósito na conta do trabalhador, sendo que este não pode se opor a estas formas de pagamento. É dever acessório do empregador, para o correto adimplemento da retribuição, a disponibilização de documento ao trabalhador contendo informações sobre a retribuição base e as demais prestações com natureza de retribuição, com indicação do período que às representam, os descontos, deduções e o montante líquido a receber.³⁸⁰

3.5.3. Lugar do pagamento

O cumprimento da obrigação deve ser realizado no local onde a atividade é (Artigo 277 do CT) em exceção ao Artigo 774 do CC que refere que o cumprimento da obrigação deve ser realizada no domicílio do credor, que na generalidade dos casos seria no domicílio do trabalhador. Nota-se que o código do trabalho eliminou a limitação presente na LCT (Artigo 92 n.º 3) pelo qual a retribuição não poderia ser satisfeita em estabelecimento de venda de bebidas alcoólicas ou casas de jogos. Certo é que as disposições sobre o local de cumprimento da obrigação retributiva deixou de ser alvo de atenção do legislador pela recorrente utilização de transferências bancárias, pelo qual elimina qualquer divergência sobre o local do pagamento.

A regra sobre o local do cumprimento é supletiva, pelo qual no caso de a retribuição ser paga em lugar diverso do local de trabalho o tempo que o trabalhador dispor para receber a retribuição considera-se tempo de trabalho, eliminando-se assim qualquer interesse do empregador em criar empecilhos à satisfação da retribuição.

³⁷⁹ VASCONCELOS, Joana. *Código do trabalho Anotado*. Página 634

³⁸⁰ XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho*. 613

3.6. O regime de garantias e a tutela dos créditos retributivos

Em função da importância diferenciadas da retribuição enquanto elemento de sustento das condições de vida do trabalhador, o legislador instituiu certas garantias que visam o efetivo cumprimento desta obrigação, pela qual serão expostos os elementos que compõe este “*sistema de proteção*” havendo um regime de prescrição diferenciado, o princípio da irredutibilidade da retribuição, a impossibilidade de renúncia pelo trabalhador de verbas retributivas bem como outras garantias com intuito de se ver efetivada o seu cumprimento.

Nota-se que este sistema de proteção visa nada menos do que efetivar o cumprimento do direito fundamental à retribuição, sendo que a existência de um sistema de proteção salarial recebe escopo constitucional conforme exposto pelo Artigo 59 n.º 3 da CRP ao referir que “*Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei*”, pelo qual o preceito constitucional não representa apenas uma faculdade do legislador infraconstitucional, mas um dever que deve ser harmonizado com outras normas fundamentais e sua inobservância poderá ocasionar a inconstitucionalidade por omissão, pois como já referido, trata-se de um direito fundamental subjetivo de aplicação análoga aos direitos, liberdades e garantias.

3.6.1. O princípio da irredutibilidade salarial

O princípio da irredutibilidade salarial é tipificado no Artigo 129, n.º 1 d) ao referir entre as garantias do trabalhador a norma de que é vedado ao empregador “*diminuir a retribuição, salvo nos casos previstos neste código ou em instrumento de regulação coletiva de trabalho*”. Neste sentido mostra-se expressamente que a retribuição do trabalhador é protegida face eventual intuito do empregador em diminuir seu vencimento, salvo às exceções previstas por lei ou mediante regulação coletiva.

O alcance do princípio da irredutibilidade salarial tem como primeiro limite o salário nominal do trabalhador e não o salário real, o qual pode ser inexoravelmente suscetível à alterações económicas inflacionárias. Neste sentido a legislação tutela somente a redução do vencimento do trabalhador por decisão unilateral do empregador ou mesmo por acordo *inter partes*, em função da vulnerabilidade da vontade deste no contrato de trabalho.³⁸¹

³⁸¹ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora. Página 262

O princípio da irredutibilidade salarial atua sobre as prestações regulares, pelo qual nem todas às parcelas retributivas estariam incluídas no seu âmbito de proteção do princípio, solução que já era adotada na vigência da LCT com fundamento na distinção existente entre remuneração em sentido amplo e remuneração em sentido estrito, pelo qual a segunda corresponderia ao salário contratual ou salário base, tendo como âmbito de proteção o princípio da irredutibilidade salarial. Com a unificação da denominação para retribuição, tem-se arguido duas possíveis soluções para o âmbito de aplicação do Artigo 129 n.º 1, d). Uma posição defende um sentido mais abrangente do princípio da irredutibilidade da retribuição, pelo qual só poderia ocorrer a redução retributiva por via das exceções expostas no CT, em especial pela via da negociação coletiva, por força do próprio princípio da confiança que o trabalhador deposita em perceber a quantia salarial.³⁸²

Outra posição concede um âmbito de atuação mais restrito ao princípio da irredutibilidade retributiva, incidindo somente sobre a retribuição certa e pelos complementos retributivos pessoais, pelo qual os complementos retributivos que são devidos enquanto contrapartida ao modo específico da prestação ou do posto de trabalho poderiam ser reduzidos ou suprimidos na medida em que se verifique ou se suprima os condicionantes reais da atividade prestada. Neste sentido a supressão dos complementos salariais relacionados à atividade desempenhada não violariam o princípio da proteção do trabalhador, na medida em que tais subsídios são devidos enquanto persistir a situação base que lhes serve de fundamento.³⁸³

A jurisprudência tem entendido que o princípio da irredutibilidade de retribuição não alcança todas as prestações do trabalhador, não havendo violação a norma no caso de diminuição da jornada de trabalho, trabalhador que realizava trabalho atividade

³⁸² FERNANDES, Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 483. Neste sentido o Ac. Tribunal de Relação de Lisboa de 21/03/2018, Proc. 12766/17.4T8LSB.L1-4 in <http://www.dgsi.pt> acessado em 24/05/2018 – Entendeu que ser irredutível o vencimento realizado no período de férias ainda que este não fosse obrigatório

³⁸³ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 631. Neste sentido o Ac. Relação do Porto de 07/11/2011, Processo 155/10.6TTOAZ.P1, in <http://www.dgsi.pt> acessado em 20/05/2018, entendeu que o alcance do princípio da irredutibilidade de retribuição não impede a possibilidade de supressão do adicional de isenção de horário. No mesmo sentido o Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 21/04/2010, Proc. 1531/08.0TTLSB.L1.S1, in <http://www.dgsi.pt> acessado em 20/05/2018, a decisão dispõe que “*As leis laborais consagram o princípio da irredutibilidade da retribuição, ou seja, a proibição do empregador diminuir, unilateralmente, o seu montante e de piorar o equilíbrio que deve existir entre a prestação a cargo do trabalhador e a contraprestação de entidade empregadora*” contido da análise do caso em concreto, entende não violar o referido princípio a redução da execução de horas de trabalho. Sobre a possibilidade de redução do subsídio noturno e por turnos o Ac. Tribunal da Relação de Guimarães de 11/06/2017, Proc. n.º 246/14.4TTBRG.G111 Julho 2017 in <http://www.dgsi.pt> acessado em 24/05/2018.

em período total e passa à realizar a tempo parcial, devendo ser respeitada a proporcionalidade da retribuição, não incidindo a norma de irredutibilidade salarial. De igual modo o trabalhador que depois de haver alteração na função conforme previsto no Artigo 120 do CT ou no caso de comissão de serviço prevista no Artigo 161 do CT regressa a atividade de origem, não mantém o eventual acréscimo salarial. Na hipótese de haver alteração de função ou de atividade laboral o empregador não pode proceder a diminuição da retribuição conforme Artigo 120, 4.³⁸⁴

O princípio da irredutibilidade de retribuição tem sido analisada pelo O Tribunal Constitucional especialmente no caso de trabalhadores da função pública, que tem os vencimentos determinados por legislação específica. Tem-se observado na análise dos julgamentos a necessidade de se demonstrar o respeito a limites, uma vez que a retribuição corresponde a um direito fundamental, e como tal, a restrição de um direito fundamental deve observar a regra de proporcionalidade nos seus três níveis, a necessidade (a restrição do direito fundamental deve ser necessária para satisfazer outro direito fundamental), a adequação (não é possível a satisfação do outro direito fundamental sem a restrição do direito fundamental em causa) e a proporcionalidade em sentido estrito (determina que não sejam impostas medidas excessivas que eliminem o direito fundamental restringido).³⁸⁵ O Tribunal Constitucional tem aparentemente modificado o entendimento sobre o alcance do princípio da irredutibilidade retributiva, pelo qual as mais recentes decisões têm fundamentado às decisões a partir do princípio da tutela da confiança.

3.6.2. Renúncia, cessão e compensação e descontos dos créditos laborais

O regime de garantias exposto no CT promove uma proteção ao crédito laboral limitando o gozo de determinadas faculdades enquanto crédito em função da já referida natureza de manutenção dos meios de vida do trabalhador, em contraponto à tradicional liberdade sobre os créditos que permeia o direito civil, onde nota-se cada vez mais a comercialização de créditos. Destaca-se respectivamente no regime jurídico português limitações quanto à compensação e descontos, cessão e renúncia dos créditos de origem laboral.

³⁸⁴ MARTINEZ, Pedro Romano. *Trabalho e direitos fundamentais. A compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial*. In: *Estudos em homenagem ao professor Doutor Sérvulo Correia*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2010. Páginas 241 – 285. Página 263.

³⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Página 338 – 340

A compensação é uma forma de extinção da obrigação em que no lugar do cumprimento o devedor opõe seu crédito ao credor exonerando-se de parte da dívida. No âmbito laboral o artigo 279 n.º 1 dispõe que o empregador não poderá compensar a retribuição com outros créditos do trabalhador, em oposição à norma geral do direito civil expresso no Artigo 847 do CC. No mesmo sentido o referido artigo impede que o empregador realize descontos do referido crédito. Note-se que a distinção entre desconto e compensação decorre da causa pela qual o crédito laboral é limitado, sendo à compensação diretamente relacionada para satisfazer crédito do empregador e o desconto para satisfazer crédito de terceiro.³⁸⁶

A partir da referida norma pode-se afirmar que o empregador não pode realizar a compensação de crédito laboral em sentido geral, salvo nas hipóteses em que o próprio código refere, sendo estas hipóteses exceções à regra geral e tem como finalidade adequar à garantia do crédito laboral com às necessidades do cotidiano empresarial. Neste sentido são autorizados descontos nas situações previstas no Artigo 279 n.º 2, quando haja escopo legal, decisão judicial ou para satisfazer encargos sociais. Mais restrito é a possibilidade de ser realizado desconto ou compensação para amortização de empréstimo ou como forma de pagamento de gênero fornecido pelo empregador, não podendo exceder ao valor de um sexto da retribuição mensal do trabalhador. O referido artigo também dispõe a possibilidade do empregador conceder adiantamento retributivo mensal ou seja, antecipação da retribuição em favor do trabalhador já realizada ou a ser realizada, que poderá ser amortizada no adimplemento mensal, não tratando-se propriamente de descontos ou compensação de crédito.³⁸⁷

A cessão de crédito corresponde à transferência de uma obrigação patrimonial antes de seu vencimento e sendo o crédito laboral de extrema relevância para o trabalhador, a legislação não poderia se mostrar silente. O Artigo 280 do CT prevê a limitação da cessão do crédito remuneratório em contraponto ao regime geral previsto no Artigo 577 do CC, impondo o limite de sua penhora, que conta no Artigo 738 do CPC. Portanto o trabalhador só poderá ceder o crédito laboral no limite do valor penhorável, que corresponde à um terço da retribuição até o limite máximo à três salários mínimos nacionais e o limite mínimo de um salário mínimo nacional. Esta norma se justifica

³⁸⁶ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Página 269

³⁸⁷ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Página 271. O autor sustenta que a tutela conferida pelo Artigo 279 se revela menos abrangente do que se tem apresentado pois limita-se às hipóteses de compensação legal (unilateral) e, dentro destas, à hipótese de compensação unilateral realizada pelo empregador, não podendo confundir à compensação com desconto realizado a favor de terceiro.

novamente face ao carácter essencial que o salário possui na vida do trabalhador enquanto rendimento de manutenção de seu meio de vida, pelo qual se fosse admissível a sua total cedência, correr-se-ia o risco de trabalhadores terem a totalidade de sua retribuição vinculada, comprometendo inclusive sua integridade física.³⁸⁸

Neste sentido, ainda que não haja disposição expressa sobre a impossibilidade de renúncia das parcelas retributivas, é amplamente reconhecido que esta não terá efeito se realizada no decorrer do contrato de trabalho. Tal entendimento ganha escopo a partir da interpretação lógica do sistema de garantia salarial, pelo qual não teria sentido tornar o crédito insuscetível de cessão e compensação mantendo a possibilidade de renúncia, uma vez que se o trabalhador pudesse renunciar o crédito laboral, a legislação tornar-se-ia letra morta para às outras proteções. Extraí-se do Artigo 279 e 280 do CT que ao limitarem o gozo de faculdades menos gravosas ao trabalhador estariam também limitando medidas mais gravosas ao crédito do trabalho.³⁸⁹

A partir deste entendimento é sustentado que o crédito laboral considera-se irrenunciável, no mínimo em medida igual àquela em que é insusceptível de cessão. Questiona-se a possibilidade de renúncia de créditos após a rescisão, uma vez que o elemento da subordinação, *ratio* que justifica a impossibilidade da renúncia do crédito não estaria mais presente,³⁹⁰ posição diversa é entendida para quem mesmo após a rescisão contratual o trabalhador não poderia renunciar o direito retributivo, pois os efeitos da subordinação continuariam a atuar sobre o crédito laboral³⁹¹. Por outro ângulo sustenta-se que estas posições analisam o crédito laboral pelo prisma da subordinação e não enquanto função de subsistência do crédito.³⁹²

3.6.3. Impenhorabilidade

Outro fator importante da retribuição decorre de sua impenhorabilidade relativa, pelo qual é exposta no sistema jurídico português no artigo 738 n.º 1 do CPC ao referir que não podem ser penhorados mais de dois terços dos vencimentos ou salário auferido pelo executado.

³⁸⁸ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Página 275

³⁸⁹ XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Manual de direito do trabalho*. Página 994

³⁹⁰ Neste sentido MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 633

³⁹¹ AMADO, João Leal. *A proteção do salário*. Página 198. O autor refere que constituiria rematad absurdo que o nosso sistema se revelasse, a um tempo, altamente restritivo no que toca à possibilidade de cessão do crédito retributivo e marcadamente liberal no que diz respeito à respectiva renunciabilidade, isto é, que a restrição daquela houvesse de conviver com a incondicionada admissão desta, pelo os créditos salariais devem ser interpretados de acordo com o fundamento constitucional exposto pelo Artigo 59, n.º 3.

³⁹² AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Página 277

Outro limite à penhora do salário do trabalhador decorre do princípio constitucional de vencimento mínimo, pelo que a penhora não poderia, ainda que respeitada a regra de um terço, condicionar o trabalhador a salário inferior ao mínimo legal, ainda que este sentido não seja expressamente exposto.³⁹³

Nota-se que o Tribunal Constitucional tem analisado em sucessivas ocasiões pronunciado sobre a matéria, pelo qual é possível identificar uma modificação substancial sobre o real alcance da norma constitucional sobre a proteção do salário, pelo qual em um primeiro momento interpretou-se sobre um conceito mais abrangente de proteção à retribuição³⁹⁴ que posteriormente veio a ser flexibilizado³⁹⁵.

³⁹³ No sentido de que o salário mínimo não representa um limite de impenhorabilidade o Ac. Rel. Pt. de 13/11/1995, CJ XX, T. V, p. 267. Onde é afirmado que o salário mínimo não é um bem absoluto ou totalmente impenhorável.

³⁹⁴ Na primeira fase interpretativa do Tribunal Constitucional se destacam as decisões dos Acórdãos 318/99, Proc. N.º 855/98, 177/02, Proc. N.º 546/01 e 96/04, Proc. n.º 423/03, em que se julgou a inconstitucionalidade da limitação sobre a penhora de créditos decorrentes do salário do qual imperioso referir sobre tudo que o entendimento de que *“A conclusão a que se chegou na decisão recorrida – a da inconstitucionalidade da norma – assentou nas considerações que suportaram a decisão de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, constante do Acórdão n.º 177/02, de 23 de Abril, do Tribunal Constitucional (publicado no Diário da República, I Série-A, n.º 150, de 2 de Julho de 2002, p. 5158). Essa decisão de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, respeitou à norma que resulta da conjugação do disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 824º do Código de Processo Civil, na parte em que permite a penhora até 1/3 das prestações periódicas, pagas ao executado que não é titular de outros bens penhoráveis suficientes para satisfazer a dívida exequenda, a título de regalia social ou de pensão, cujo valor global não seja superior ao salário mínimo nacional. O fundamento da decisão de inconstitucionalidade foi a violação do princípio da dignidade humana, contido no princípio do Estado de Direito, e que resulta das disposições conjugadas do artigo 1º, da alínea a) do n.º 2 do artigo 59º e dos n.ºs 1 e 3 do artigo 63º da Constituição.”*

³⁹⁵ Sobre a alteração de posicionamento em relação ao âmbito de tutela da norma constitucional se destacam os Acórdãos n.º 657/2006, Proc. n.º 777/04 e n.º 257/2010, Proc. n.º 732/08, no qual interpreta-se sobre a constitucionalidade da penhora de créditos salariais do qual ressalta-se os seguintes fundamentos *“As considerações que antecedem tornam desnecessária a apreciação da correcção da transposição da fundamentação carreada ao Acórdão n.º 177/2002 (aceite no Acórdão n.º 96/2004) para os rendimentos laborais do executado – vencimentos e salários – como os que estão agora em questão. Apenas cumpre salientar que, como se disse, a diferenciação entre estes rendimentos e outros, como os rendimentos provenientes de prestações sociais, para efeitos de penhorabilidade, existiu entre nós, e hoje existe novamente. Tal compreende-se, na óptica das considerações expendidas no ponto anterior, à luz da diferente função e natureza das prestações em causa, e designadamente da sua natureza retributiva, ligada ao valor da prestação laboral, ou não (e não necessariamente – repete-se – de qualquer “presunção de debilidade, incapacidade laboral ou desprotecção do respectivo titular”). Pelo que, evidentemente, mesmo quem tenha aceite a exigência constitucional de uma impenhorabilidade de rendimentos provenientes de prestações sociais como pensões, na medida em que não deixem ao executado um montante igual ao do salário mínimo nacional não é necessariamente levado a estender tal juízo de inconstitucionalidade aos rendimentos laborais. E, acompanhando a diferença de natureza destes rendimentos, será, mesmo, levado a adoptar uma conclusão contrária (...) A presente situação enquadra-se inequivocamente em situação idêntica à julgada no Acórdão n.º 657/2006, em que estava em causa a interpretação do 824.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2 do Código de Processo Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 180/96 de 25 de Setembro que permite a penhora do salário do executado de valor igual ao salário mínimo nacional. De acordo*

3.6.4 Prescrição

A prescrição dos créditos laborais se afasta da norma geral instituída no Artigo 300 do CC ao expor no Artigo 337 do CT que a prescrição ocorre em um ano após a cessação do vínculo laboral, independentemente de sua causa. Da referida norma extraísse que o regime específico de prescrição abrange não somente a retribuição, mas todos os créditos oriundos da relação laboral. Neste sentido a legislação estabeleceu a suspensão do curso do prazo prescricional no curso do contrato de trabalho, pelo qual só inicia após a cessação do contrato de trabalho, abarcando todo o período deste. A *ratio* da norma buscou suspender o prazo prescricional no curso do contrato de trabalho em função da exposição que o trabalhador estaria sujeito ao exigir sua pretensão e em contraponto como forma de compensar esta suspensão, o legislador determinou que o trabalhador deva exercer seu direito de forma célere, pois o prazo de um ano é mais exíguo do que o apresentado pelo regime comum.³⁹⁶

Posição diversa é aparentemente sustentada por Lobo Xavier ao referir entre outros aspectos, que a modificação procedida pelo CT frente à legislação anterior (antigo artigo 38 da LCT), o fato do trabalhador ser protegido pelas norma de trabalho de segurança do emprego bem como em função da necessidade de se tutelar a segurança jurídica das relações laborais pelo qual a suspensão do prazo prescricional obrigaria o empregador a conservar toda a documentação de todos os trabalhadores pelo período de sua contratação, referindo que se deve aplicar as disposições dos artigos 309 e 310 do CC conforme se trate de obrigações renováveis, como é o caso da retribuição.³⁹⁷

com as imposições constitucionais, é admissível a possibilidade prevista no artigo 824.º, de, sem uma impenhorabilidade absoluta do valor correspondente ao salário mínimo, o juiz fixar o montante penhorável entre um terço e um sexto, ou isentar mesmo totalmente de penhora, considerando a natureza da dívida exequenda e as necessidades do executado e seu agregado familiar. Ou seja: a superioridade do princípio da dignidade humana sobre o direito do credor, quando aquele exija uma solução que conflitue com este, fica suficientemente salvaguardada pela possibilidade de realização de um juízo casuístico de ponderação e adequação dos interesses de exequente e executado, em conformidade com as exigências constitucionais (grifo do autor) ”.

³⁹⁶ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Página 277. O autor sustenta ainda que o prazo estipulado pelo CT é fruto de uma longa tradição jurídica e é pensado para o trabalhador a tempo indeterminado que mantém um longo período de trabalho e justamente por este motivo, prevê a suspensão do prazo na vigência do contrato de trabalho, que é compensada com um prazo curto para a reivindicação do direito. Com efeito, esta disposição mostra-se desfavorável à trabalhadores de contrato a termo, para quem à suspensão do contrato não teria efeito algum, mas lhe é imputado o curto prazo para reinvidicação de seu direito.

³⁹⁷ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Prescrição dos créditos laborais*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ANO XLIX – 2008 (XXII da 2ª Série). Coimbra: Almedina. 2009. Páginas 243 – 255.

Outra solução é apresentada por Romano Martinez para quem o regime de prescrição laboral é limitado aos créditos com natureza retributiva, pelo qual outras prestações teriam incidência no regime comum, bem como, os juros monetários sobre às verbas retributivas, pois como é afirmado, não seria a intenção do legislador com a suspensão da prescrição beneficiar o credor com juros durante um longo período de tempo, de modo a permitir que o credor pudesse se beneficiar de *venire contra factum proprium* ao não reclamar um valor devido e após um longo período ao término do contrato reivindicar juros de todo o período passado.³⁹⁸

3.6.5 A tutela e os privilégios dos créditos laborais

A satisfação dos créditos salariais é tutelada de duas formas distintas, na atribuição jurídica de um privilégios na execução no caso de insolvência do empregador e na ampliação do âmbito de responsabilidade pelos créditos laborais para além do próprio empregador.

A estipulação de privilégio a um determinado creditório busca estabelecer uma hierarquia no conjunto de obrigações para que sejam satisfeitos com preferência em relação a outros créditos, com a finalidade de vê-lo inteira ou parcialmente satisfeito no caso de insolvência do devedor. Neste contexto o CT estabelece determina que os créditos emergentes do da relação laboral tem preferência sobre outros, em função do próprio mandamento constitucional exposto no Artigo 59 n.º 3.³⁹⁹

É reconhecido que o estudo sobre a evolução do privilégio sobre os créditos laborais no regime português é extenso e complexo e para sua real compreensão exige-se a análise sobre diversos entendimentos, principalmente em razão da sequência de alterações legislativas com a finalidade de concretizar o mandamento fundamental de proteção dos créditos decorrentes da relação de trabalho. Em razão da extensa controversa e da limitação temática, limitaremos no presente estudo indicar as principais referências sobre o tema e expor a atual percepção e âmbito de atuação do regime jurídico.⁴⁰⁰

³⁹⁸ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 628.

³⁹⁹ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Página 283

⁴⁰⁰ Sobre os antecedentes e as controversas existentes sobre o conflito entre os créditos de origem laboral e as outras preferências, nomeadamente as com garantia real destaca-se duas posições conflitantes *vide* Luís Gonçalves. *Privilégios creditórios: Evolução histórica. Regime. Sua Inserção no tráfico creditício*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra LXVII*. 1991. Páginas 37-41. Catarina Serra. *A crise da empresa, os trabalhadores e a falência*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais Ano XLII n.º 3 e 4*. Coimbra: Almedina. Páginas 434-439, Soveral Martins. *Legislação anotada sobre salários em atraso*. 1980. Pág. 30. Menezes Cordeiro. *Manual de direito do trabalho*. 1991. Página 741-742.

Em razão de que a controversa existente versa diretamente sobre direitos fundamentais dos trabalhadores, o Tribunal Constitucional foi suscitado à pronunciar-se sobre a constitucionalidade das referidas alterações legislativas, pelo qual formou-se uma verdadeira evolução sobre sua jurisprudência⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Neste sentido destaca-se, em um segundo momento de análise, a evolução da jurisprudência sobre a matéria. O Ac. Tribunal Constitucional n.º 498/2003, Proc. n.º 317/02 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018. Neste caso foi arguida a inconstitucionalidade da norma constante da alínea b) do n.º 1 do artigo 12º da Lei n.º 17/86 de 14 de Junho, na interpretação segundo a qual o privilégio imobiliário geral nela conferido aos créditos emergentes do contrato individual de trabalho preferem à hipoteca, nos termos do artigo 751º do Código Civil sob argumento de que o privilégio laboral colocaria em risco o princípio da confiança. Nesse caso o Tribunal Constitucional entendeu lícito o legislador orientar-se por uma solução que atenda às circunstâncias concretas ao afirmar que *“não só não podia afirmar-se inexistir uma “qualquer conexão” entre os créditos laborais reclamados e os imóveis onerados, visto que em causa estavam privilégios incidentes sobre os bens imóveis da empresa ao serviço da qual se encontram os trabalhadores beneficiários – ligação que atenuaria o carácter oculto e imprevisível dos créditos laborais para o credor com garantia real registada –, mas também por não haver segredo impeditivo do conhecimento da existência dos aludidos créditos (...) por outro lado, os trabalhadores não têm à sua disposição os meios alternativos para cobrar os seus créditos, para além de, no caso de falência do empregador, o único meio seguro de garantir a cobrança do crédito laboral poderia consistir na prevalência da garantia creditória que os protege, em homenagem à sua natureza de direito constitucionalmente incluído entre os direitos fundamentais dos trabalhadores, conforme o artigo 59º n.º 1 alínea a) da Constituição. A restrição do princípio da confiança operada pela norma então impugnada seria um meio adequado e necessário à salvaguarda do direito dos trabalhadores à retribuição, pelo que não havia contra tal solução obstáculo constitucional”*. Em sequência, no Ac. Tribunal Constitucional n.º 284/2007, Proc. n.º 891/04 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018, é pleiteado a inconstitucionalidade de uma decisão que classificou o crédito laboral após os créditos com garantias reais (hipoteca), afirma-se que a alínea a) do n.º 1 deste artigo 59º consagra o direito fundamental a uma justa remuneração, que permita uma existência condigna, e a mecanismos que garantam a tutela daquela retribuição. O TC sustenta que o direito fundamental a proteção e a garantia salarial expressa no texto constitucional pode justificar, mediante a concretização legislativa, a limitação da garantia dos direitos reais, mas do referido preceito não se extrai uma garantia absoluta ao referir que *“a alínea a) protege, portanto, essencialmente o direito à retribuição segundo a quantidade, a natureza e a qualidade do trabalho prestado, impondo que a remuneração do trabalho obedeça a princípios de justiça (...) acontece, no entanto, que a protecção do direito à retribuição não é absoluta. Destas considerações – suficientes para aceitar a conformidade constitucional de uma solução legislativa que admita que os créditos laborais preferem ao crédito que é garantido por hipoteca anteriormente registada –, não decorre a obrigação constitucional de a lei ordinária conferir obrigatoriamente aos créditos laborais uma prevalência sobre crédito garantido por uma hipoteca anteriormente registada. É certo que o legislador está vinculado, pelo n.º 3 do artigo 59º da Constituição, a criar um regime de protecção especial dos salários dos trabalhadores. Mas esta protecção não conduz necessariamente a uma solução legislativa que consagre um privilégio creditório absoluto para garantia destes créditos. Na verdade, a referida incumbência constitucional confere ao legislador suficiente liberdade para optar, num leque de soluções possíveis, por aquelas que repute mais eficazes, habilitando-o a adoptar outros mecanismos de protecção salarial, como, por exemplo, o sistema de garantia salarial, instituído pelo Decreto-Lei n.º 50/85 de 27 de Fevereiro, e revisto pelo Decreto-Lei 219/99 de 15 de Junho – entre outras, precisamente com a finalidade de o articular com o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência –, regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 139/2001 de 24 de Abril, hoje previsto no artigo 380º do Código do Trabalho e na Lei n.º 35/2004 de 29 de Julho, que regulamenta este Código; ou quando proíbe a penhora em dois terços do salário do executado (artigo 824º n.º 1 do Código de Processo Civil, na versão aplicável). Todavia, o legislador ordinário dispõe, ainda assim, de uma ampla margem de liberdade de conformação nesta matéria como aconteceu, por exemplo, quando criou um regime de prescrição de créditos laborais (artigo 38º da Lei Geral do Trabalho, hoje artigo 381º do Código do Trabalho), impensável num regime de protecção absoluta do direito à retribuição, apesar de beneficiar os trabalhadores face ao regime geral de prescrição de créditos. Em suma, não é constitucionalmente proibido que a lei ordinária confira prevalência ao crédito garantido por uma hipoteca anteriormente registada sobre os créditos laborais. Nesta conformidade, deve entender-se que o princípio da confiança, assim defendido pela norma*

O CT atribui pelo Artigo 333 o privilégio não somente as parcelas retributivas e sim todos os créditos oriundos da relação laboral, pelo qual atua em dois níveis distintos, o privilégio mobiliário e os imobiliário, podendo ainda o primeiro ser gerais (quando abrangem todos os bens do devedor) ou especiais (quando compreendam somente determinado bem), sendo que o privilégio imobiliário será sempre especial. O referido Artigo surge com finalidade de adequar o privilégio laboral à forte tradição já consolidada dos privilégios reis.

O Artigo 333 do CT estipula o crédito laboral como privilégio mobiliário geral seja graduado antes do referido no CC pelo Artigo 747 n.º 1, e como privilégio mobiliário especial graduado antes do crédito referido no Artigo 748 do CC quanto ao bem imóvel do empregador.⁴⁰² Significa dizer que o crédito laboral possui privilégio mobiliário geral antes de todos os créditos, salvo sobre as despesas com a justiça (Artigo 746 do CC). Em relação ao privilégio imobiliário especial sobre o bem imóvel do empregador no qual o trabalhador presta sua atividade, prevalecerá sobre os créditos

impugnada, não encontra obstáculo constitucional.” e no mesmo sentido Ac. Tribunal Constitucional n.º 257/2008, Proc. n.º 446/07 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018. Sobre o conflito entre o privilégio dos créditos laborais atribuídos pelo CT e o princípio da confiança o Ac. Tribunal Constitucional n.º 335/2008, Proc. n.º 74/08 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018, pelo qual julgou constitucional o privilégio do CT sobre o imóvel do empregador ainda que a garantia salarial tenha sido constituída em momento anterior pelos seguintes fundamentos “a retribuição da prestação laboral, quer na sua causa, quer na sua destinação típica, está intimamente ligada à pessoa do trabalhador. Ela é a contrapartida da disponibilização da sua energia laborativa, posta ao serviço da entidade patronal. Ela é também, por outro lado, o único ou principal meio de subsistência do trabalhador, que se encontra numa situação de dependência da retribuição auferida na execução do contrato para satisfazer as suas necessidades vivenciais. É esta dimensão pessoal e existencial que qualifica diferenciadamente os créditos laborais, justificando a tutela constitucional reforçada de que gozam, para além da conferida, em geral, às posições patrimoniais activas. Esta especial consideração pelos créditos laborais afasta qualquer juízo de arbitrariedade sobre a aplicação retrospectiva da norma constante da alínea b), do n.º 1, do artigo 377.º, do Código Trabalho, com a consequência dos créditos laborais garantidos por privilégio imobiliário especial sobre o bem imóvel do empregador onde o trabalhador preste a sua actividade prevalecerem sobre os créditos garantidos por hipoteca voluntária constituída sobre esses bens em data anterior à da entrada em vigor do referido diploma legal, desde que a data do evento que determinou o concurso entre os dois tipos de créditos – a falência do devedor-empregador – seja superveniente. Justifica-se seguramente, face ao peso do interesse social almejado perante as frágeis expectativas dos credores hipotecários, que se procure uma rápida unidade e homogeneidade do ordenamento jurídico perante a nova solução legislativa introduzida, evitando-se um protelamento indefinido da sua vigência efectiva, com o consequente agravamento dos males a que essa intervenção legislativa se propôs dar remédio. E, no cumprimento deste pensamento revela-se perfeitamente razoável fixar o momento definidor da lei aplicável na data da declaração de falência, salvaguardando-se os concursos de credores já iniciados. Nestes termos, à luz do princípio constitucional da protecção da confiança, não se pode censurar a aplicação retrospectiva da interpretação normativa da alínea b), do n.º 1, do artigo 377.º, do Código do Trabalho, levada a cabo pelo tribunal a quo, pelo que deve ser julgado improcedente o recurso interposto”.

⁴⁰² MARTINEZ. Pedro Romano. *Direito do trabalho*. Página 639

referidos no Artigo 748 do CC e sobre direitos reais e garantias de terceiros (Artigo 751).⁴⁰³

Nota-se que o âmbito de atuação do privilégio especial imobiliário é relativamente restrito pois a legislação dispõe que “*o privilégio imobiliário incide sobre os bens imóveis do empregador nos quais o trabalhador preste a sua atividade*”, pelo qual encontrará aplicação nos casos em que o imóvel onde o trabalhador presta sua atividade, embora explorado pelo empregador, não integre seu patrimônio, excluindo-se também imóveis do empregador que não contribuam para sua atividade empresarial. Em contraponto, entende-se por imóvel no qual o trabalhador preste sua atividade todos os imóveis que se relacionem com a unidade produtiva, e não somente à localização física de seu posto de trabalho.⁴⁰⁴

Por outro lado o regime jurídico introduz outro “mecanismo” jurídico para além da hierarquização dos créditos, com a finalidade de auferir efetividade no cumprimento da obrigação retributiva.⁴⁰⁵ Neste sentido o Código do Trabalho prevê a responsabilidade solidária dos créditos vencidos a mais de três meses das sociedades em relação de domínio ou grupo com o empregador conforme Artigo 334 do CT, aumentando o espectro de responsabilidade para todo o grupo económico.⁴⁰⁶ A extensão da responsabilidade dos créditos laborais também é desenvolvida no Artigo 335 do CT para os sócios controladores desde que deem causa a este incumprimento conforme os Artigos 78,79 e 83 do Código de Sociedades Comerciais ou para os gerentes, diretores e

⁴⁰³ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. Página 283

⁴⁰⁴ VASCONCELOS, Joana. *O novo privilégio imobiliário especial, algumas questões suscitadas pelas suas primeiras aplicações jurisprudências*, in *Liberdade e Compromisso, Estudos dedicados ao Professor Mario Fernando Campos Pinto, Vol. II*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2009. Página 190

⁴⁰⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. *Garantia dos créditos laborais, A responsabilidade solidária instituída pelo Código do Trabalho nos Artigos 378 e 379*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais* Abril – Dezembro, ano XLVI n.ºs 2, 3 e 4. Lisboa: 2005. 200 – 2004. O autor refere sobre os objetivos que induziram a inserção da responsabilidade solidária dos administradores e de sócios de sociedades comerciais no Código do Trabalho de 2003 que se mantiveram quase em sua integralidade no Código do Trabalho de 2009.

⁴⁰⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Grupos empresariais e societários, incidências laborais*. Página 631. Sustenta-se que a responsabilidade solidária atinge somente as sociedade em relação de domínio e grupo, não podendo haver a extensão da responsabilidade aos grupos de fato, que é construída essencialmente na perspectiva societária. Sobre a relação de grupo ou domínio de fato no regime jurídico português e as implicações no direito do trabalho vide também: ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedades no direito do trabalho*, in: *Questões laborais* n.º 39 (Jan.-Jun.). Coimbra: Associação de Estudos Laborais. 2012. Páginas 49-78.

administradores nos termos dos Artigos 78 e 79 do referido código.⁴⁰⁷ Nota-se que a legislação limita a sua atuação às sociedades comerciais com sede em Portugal.⁴⁰⁸

3.6.6. Fundo de garantia salarial

Ressalta-se ainda a estipulação do *Fundo de Garantia Salarial* pelo Artigo 336 do CT, a quem é atribuído o adimplemento da retribuição nos casos de situação económica difícil ou insolvência do empregado, sendo regulado por legislação específica, atualmente consiste no DL n.º 59/2015. O Fundo de Garantia Salarial tem orientação na Diretiva 2008/94/CE e representa uma alteração qualitativa na relação do Estado com a obrigação salarial do empregador. Ainda que o Fundo seja financiado pelos próprios empregadores, corresponde à concretização material da concepção de que a satisfação do salário devido aos trabalhador extrapola o âmbito de uma obrigação contratual sinalagmática, pelo qual para além de todo o sistema de proteção salarial tutelado pelo sistema jurídico, garante o cumprimento da satisfação salarial enquanto política Estatal.

O âmbito de satisfação tutelado pelo Fundo possui um limite material, a partir da própria noção de sustentabilidade económica, pelo qual os créditos abrangidos correspondem ao adimplemento dos últimos salários devidos pelo empregador e a outros créditos emergentes do contrato de trabalho ou da sua cessação no valor de até seis meses de retribuição com o limite de três salários mínimos. Nota-se a satisfação salarial pelo Fundo requer alguns procedimentos dos quais serão destacados os mais relevantes, sendo estes, a declaração judicial do empregado ou a adesão a regimes específicos de recuperação empresarial.⁴⁰⁹

3.6.7. Outras garantias salariais

Podem ser referidas ainda outras garantias do sistema jurídico que atuam como instrumentos de garantia do cumprimento da obrigação retributiva. Um destes elementos é a determinação do *status* de *mora*, ou seja, de devedor. Na relação laboral o credor situa-

⁴⁰⁷ LEITÃO, Luís de Menezes. *As repercussões da insolvência no contrato de trabalho*, *Revista de direito e de Estudos Sociais*, Junho Dezembro, Ano XLVII, n.ºs 3 e 4. 2006. Página 285.

⁴⁰⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, parte II – Situações laborais individuais*. Página 542

⁴⁰⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Os trabalhadores no processo de insolvência*, In: *III Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina. 2015. Páginas. 405

se em *mora* a imediatamente após o vencimento da retribuição face ao dever de pagamento pontual da retribuição expresso no Artigo 323 do CT, facultando inclusive o trabalhador a suspender (conforme os requisitos dos Artigos 325 à 327) ou cessar o contrato de trabalho. O atraso no cumprimento da retribuição acarreta na incidência de juros de mora pactuado ou na ausência deste o legal, desse que respeitado o adequado lapso temporal.

Ainda que a retribuição corresponda ao sinalagma jurídico do contrato de trabalho em algumas situações o legislador alarga a noção de prestação do trabalho definida em função do vínculo e não somente do dia de trabalho. Assim nos casos de feriados em que a retribuição é garantida ainda que sem a prestação do serviço, ou entre o caso de suspensão por motivos relacionados com a empresa, faltas justificadas.

Em outro aspecto a Lei n.º 105/2009 estabeleceu regras de proteção ao trabalhador que seja réu em processo de execução, quando ele tenha créditos salariais vencidos e não pagos sobre o empregador. Com isso por exemplo o Artigo 26 do referido diploma determina a suspensão de execuções fiscais sobre o trabalhador mediante a comprovação de atraso no pagamento de salários superior à 15 dias e o Artigo 27 determina a suspensão da venda judicial ou extrajudicial de bens do trabalhador devedor ou mesmo o Artigo 28 determina a suspensão de sentença de despejo do trabalhador fundada na falta de pagamento de rendas decorrentes de atraso no pagamento de salários.⁴¹⁰

O regime jurídico também desenvolve a responsabilidade solidária para a transmissão da empresa, do estabelecimento ou da unidade do negócio. Este regime visa tutelar o interesse do trabalhador que se mantém na unidade produtiva após sua transmissão, pelo qual no prazo de um ano são inteiramente responsáveis o primeiro e o segundo empregadores.⁴¹¹

As referidas determinações derivadas da falta do adimplemento do salário tem como fundamento máximo o Artigo 59, 3 da CRP bem como a noção de que o salário percebido pelo trabalhador, ainda que essencialmente corresponda a noção de sinalagma jurídico da relação do contrato de trabalho, representa também um aspecto social e repercute diretamente em outras âmbitos para além do espectro contratual.

⁴¹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho, Parte II*. Página 546

⁴¹¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Grupos empresariais e societários, incidências laborais*. Página 640

CAPÍTULO IV – O SENTIDO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SALARIAL

A partir dos fundamentos até então expostos será desenvolvido o *princípio da proteção do salário*. A análise do princípio será constituída por meio dos fundamentos e da consolidação das diferentes concepções de salário até então verificadas, bem como pela justificação e pertinência real do princípio enquanto fundamento para a solução de casos concretos. Será exposto a atuação do princípio concretamente nos diferentes regimes através dos sub princípios salariais.

1. Fundamentos, consolidação e âmbito de atuação do princípio da proteção salarial

Tendo como fundamento o até então analisado, partindo dos valores⁴¹² gerais predominantes no sistema jurídico, na criação e consolidação dos valores sociais nos textos constitucionais que decorrem e complementam a concepção de liberdade de fato por meio da igualdade material e que suscita a aplicação direta dos direitos fundamentais aos trabalhadores na denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tendo sido desenvolvido os princípios do direito internacional do trabalho até chegar na análise concreta da legislação dos estados e tendo como referência os sistemas jurídicos do Brasil, Espanha e Portugal, será desenvolvido o princípio da proteção do salário, enquanto princípio unitário que oriente o direito fundamental à percepção do salário.

A partir das concepções previamente desenvolvidas será estruturado de forma concreta a noção de salário enquanto princípio⁴¹³ através do *princípio da proteção do salário*, no sentido de orientar outros subprincípios com natureza salarial já consolidados nos sistemas jurídicos, mas que por não haver uma unidade teleológica e uma linha

⁴¹² REALE, Miguel. *Filosofia do direito 20 Edição*. São Paulo: Saraiva. 2009. Página 187. Na concepção do jusfilósofo os valores representam um *dever ser* do direito, que ao tutelar estes valores axiologicamente positivos impede imediatamente a coexistência de valores negativos. O fato dos valores não possuírem uma objetividade ontológica não significa que não possuem objetividade relativa, pois apontam sempre para um sentido, não sendo absolutos, pois dependem do processo histórico de seu tempo e de sua realidade. Reale sintetiza alguns valores, aqueles que regem o sistema jurídico de forma atemporal, como *invariantes axiológicas*, que são reconhecidos racional e universalmente pela DUDH como por exemplo a valores da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

⁴¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Página 86. O autor refere que a passagem da concepção de valor para a concepção de princípio é extremamente fluida, pelo qual poder-se-ia dizer que o princípio já está em um grau de concretização maior que o valor, pelo qual ao contrário deste já compreende a bipartição característica da proposição jurídica do direito em previsão e consequência jurídica, pelo qual fica claro a normatividade dos princípios jurídicos.

interpretativa em torno do enquadramento do próprio salário, que é o real fundamento destes outros subprincípios, deve-se desenvolver o princípio de forma flexível para adapta-lo aos diferentes regimes.

Neste contexto não é possível suscitar ao princípio da proteção do salário interpretações demasiadamente extensivas, no sentido de atribuir ao salário garantias inconcebíveis para o desenvolvimento do contrato de trabalho ou por outro lado muito limitativas que não reconhecem a força de direito fundamental ao salário e o dever do estado de tutela-lo. Neste sentido, tendo como fundamento a identificação de elementos comuns nos referidos sistemas jurídicos bem como no direito internacional, será estruturado de maneira geral a construção do princípio da proteção do salário no sentido de unificar as distintas concepções que orbitam ao entorno do salário.

A concepção de salário enquanto princípio só se justifica pelo entendimento de que o sistema jurídico atribui autonomia dogmática ao direito do trabalho, que em verdade não ocorreu por uma simples atribuição do legislador mas por intensas reivindicações sociais ocorridas no final do século XIX e no século XX, ao direito do trabalho em relação ao direito civil, pois lhe são reconhecidos princípios próprios e autônomos, sendo estes regidos pelo princípio da proteção do trabalhador enquanto princípio “fundador” do direito do trabalho.

Ao desenvolver os diferentes regimes jurídicos bem como as regulações existentes no direito internacional sustenta-se que a tutela atribuída ao salário não se explica pelas regras ou princípios regentes do direito comum, o que justifica a necessidade de se atribuir um princípio que condense e consolide as diferentes concepções do direito fundamental ao salário, enquanto elemento de existência do contrato de trabalho subordinado e consequentemente da própria relação laboral.

O princípio da proteção salarial também se justifica em razão da estabilidade que é elemento natural dos princípios no desenvolvimento do direito, em contraponto à atual tendência de modernização e flexibilização dos institutos do direito do trabalho com a finalidade de adequar o modelo produtivo dos estados aos ditames de competitividade exigidos pelos sistemas globais, especialmente no âmbito salarial pois envolve diretamente o coração do dever do empregador. Nota-se que a modificação de alguns dos institutos típicos do salário não eliminam sua essencialidade, pelo contrário, justificam ainda mais que se afirme um princípio que traga unidade aos diversos aspectos que envolvem o salário para que assim seja possível construir com propriedade a noção de

Nota-se que o instituto do salário (remuneração ou retribuição) constitui um dos temas centrais do direito do trabalho desde seu surgimento, em função da Revolução Industrial com o surgimento do trabalho subordinado e a classe operária, até a atualidade, em que se observa o surgimento de novos tipos de trabalhadores para além do trabalhador típico do modelo industrial dos séculos XIX e XX e também novas espécies de contrato de trabalho como o contrato de trabalho a tempo parcial, contrato de trabalho intermitente, contrato de teletrabalho entre outros.

Verificando as modificações sociais e legislativas, o salário, em seu sentido jurídico, mantém-se inalterado enquanto elemento essencial do contrato de trabalho (ao menos nos sistemas jurídicos estudados), pois a concepção de trabalho subordinado exige a realização de contraprestação necessariamente patrimonial. Nota-se também o papel histórico na gênese do direito do trabalho, e na gênese do direito do trabalho no sistema português, espanhol e brasileiro, pelo qual afirma-se inclusive que o direito do trabalho é constituído quase que na sua totalidade em torno da questão de reivindicações salariais, conformando a ideia de fator atemporal da matéria.

Nota-se que o desenvolvimento estruturado na busca de uma atribuição diferenciada ao salário ocorre pela OIT que trabalhou progressivamente, mas de forma pontual e não sistemática, na tutela da suficiência salarial pela fixação de salários mínimos, sob o fundamento de que o aviltamento das condições laborais de um estado dificultaria o progresso laboral dos demais. Em um segundo momento buscou-se tutelar a satisfação do crédito laboral de forma livre pelo trabalhador, pois nada adiantaria tutelar formalmente a suficiência salarial se por outro lado o setor econômico se utilizasse de meios artificiais para condicionar ou limitar a fruição do salário pelo trabalhador, pelo que se denominou de combate ao *truck sistem* e a intangibilidade salarial. Mais recentemente, pela percepção de discriminação e disparidade salarial entre trabalhadores que executam o mesmo trabalho ou trabalho com o mesmo “*valor*” e pelo surgimento de uma nova concepção sobre o tão importante para a doutrina juslaboral princípio da igualdade, a OIT inicia trabalhos para prevenção e eliminação de distinções salariais inundaáveis ou mesmo fundadas em critérios subjetivos injustificáveis para a ideia de Estado de Direito fundado sob o valor da igualdade.

O reconhecimento da tutela salarial extrapola a esfera jurídico-laboral e também é reconhecido na DUDH enquanto um direito todo ser humano que realize trabalho subordinado e enquanto política social de desenvolvimento econômico sustentável pelo PIDESC, sendo que posteriormente é desenvolvido com maior profundidade em

inúmeros outros tratados internacionais, pelo qual é evidenciado que o salário possui natureza para além de uma obrigação patrimonial comum.

Em que pese uma ampla tutela do salários nos textos internacionais e mesmo nos sistemas jurídicos internos, nota-se a ausência de um conceito sólido sobre o salário, pelo qual este possui enquadramento, alcance e limite distinto nos diferentes sistemas jurídicos pelo qual não nos permite desenvolver regras gerais, fixas ou estanques, ainda que seja elemento fundamental do contrato de trabalho e que lhe tenha sido atribuído tutela nos seus diferentes aspectos enquanto norma de direitos humanos e de direito fundamental.

Neste sentido, previamente ao desenvolvimento do *princípio da proteção do salário* é imperioso referir que, como exposto supra, ainda que seja tendencialmente unânime pela generalidade dos sistemas jurídicos que o salário esteja integrado no conceito de trabalho subordinado, não se pode afirmar que exista um sentido unitário, nem a partir do direito internacional nem mesmo pela análise dos regimes jurídicos sobre o âmbito de atuação do salário, o que não impede que se desenvolva o referido princípio.

Mesmo havendo considerável regulação internacional ou comunitária sobre a matéria salarial, não há como (e nem mesmo se buscou) identificar um alcance plural das diversas acepções e efeitos que tem como fundamento o salário no direito do trabalho, pois pode um determinado regime jurídico tutelar de forma mais intensa um determinado aspecto do salário (como a proteção da igualdade salarial) e de forma menos intensa outro aspecto (como o regime de proteção ao crédito decorrente da relação de trabalho), ou mesmo os referidos aspectos serem tutelados de forma menos intensa e por outro lado outro aspecto ganhar maior relevância. Isso decorre da inafastável vinculação do salário aos aspectos económicos e sociais, onde também deve ser situado à ideia do juridicamente possível e adequado de cada Estado.

Pese embora a dificuldade de unificar a concepção de salário para incluir todos os elementos que nele orbitam com um nível coerente de tutela, enquanto elemento geral do direito do trabalho, pois mesmo sua própria definição altera no exame comparado dos sistemas jurídicos, o estudo e desenvolvimento dogmático do salário na qualidade de princípio se mostra adequado, pois como referido ao desenvolver a distinção entre normas e princípios, estes possuem uma relação mais próxima aos valores do que as regras e por não possuírem o elemento da validade das regras que exigem exclusividade por meio da aplicação do *tudo ou nada*, os princípios convivem no sistema jurídico com outras regras e princípios antagónicos, sendo que sua aplicação ocorre na maior medida do possível, sem que haja a supressão de outros direitos.

Afirma-se a existência expressa ou implícita do direito fundamental ao salário nos textos constitucionais então analisados, na Constituição do Brasil o salário é amplamente tutelado no Artigo 7º, em Portugal é consagrado no texto constitucional pelo Artigo 59º n.º 1 a) e n.º 2 a) e n.º 3⁴¹⁴ e em Espanha é referido pelo Artigo 35⁴¹⁵, sendo que estes são concretizado de forma mais ou menos intensa pela legislação infraconstitucional, pelo qual sustentamos que, se o salário é reconhecido como direito fundamental, os elementos que o concretizam devem atuarem necessariamente de forma harmônica, orientados pelo *princípio da proteção do salário*.

O direito fundamental ao salário, sobre tudo, impõe que seja desenvolvida uma concepção híbrida da obrigação salarial em duas esferas distintas, em uma esfera conserva-se as características de uma obrigação típica com relação direta ao trabalho realizado pelo trabalhador, enquanto outra a obrigação salarial é revestida de características de uma obrigação social, por quanto a sua natureza e disciplina são essencialmente influenciada pela necessidade de interesses que transcendem a autonomia privada.⁴¹⁶

É compreendido que o salário representa mais do que o simples sinalagma jurídico da relação laboral, pois atua como elemento que inclusive (re)afirma a autonomia dogmática do direito do trabalho, no qual existem elementos interpretativos que unem as diferentes concretizações decorrentes da questão salarial com a finalidade de conceder lógica e integridade ao princípio tanto a nível interpretativo como em sede de integração de lacunas. Desde a origem do direito do trabalho o salário é regulado a partir da noção do princípio da proteção do trabalhador, em contraponto a noção de neutralidade das obrigações do direito civil, pelo qual as diferentes normas que regulam o salário possuem intensa vocação de tutela do trabalhador. Os elementos que orbitam o *princípio da proteção do salário* enquanto subprincípios, nomeadamente a noção de suficiência, igualdade e garantias salariais não são observadas de nenhuma forma no direito civil, nem mesmo a partir do princípio do *contraente débil*, e justamente por isso afirma-se que o princípio em voga seja corolário direto do princípio da proteção do trabalhador

⁴¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada Volume I*. Página 771. O autor refere que na Constituição Portuguesa o trabalho está para os direitos sociais assim como a vida está para as liberdades e garantias, sendo que em outra perspectiva, o direito ao trabalho é mesmo pressuposto do próprio direito à vida enquanto direito à sobrevivência e de meio capaz de concretizar o valor da dignidade humana. O direito à retribuição possui enquadramento sistemático de alguns dos direitos, liberdades e garantias, pela sua aplicabilidade direta.

⁴¹⁵ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. Página 378

⁴¹⁶ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho, volume I*. Página 764

O *princípio da proteção do salário* concretiza uma noção interpretativa e aplicativa, que tem seu âmbito de atuação por meio de subprincípios orientados de forma mais ou menos intensa no sistema jurídico dos Estados em função dos fatores econômicos, sociais e culturais dos sistemas jurídicos, dos quais destacamos o subprincípio da suficiência salarial, com intensa relação ao valor da dignidade da pessoa humana, o subprincípio da igualdade salarial como manifesto corolário do princípio da igualdade e outras garantias salariais (por vezes denominadas de princípio da intangibilidade salarial) que concretizam o princípio da proteção do trabalhador no âmbito salarial, todos valores reconhecidamente consagrados também na DUDH.

2 O princípio da proteção salarial na aplicação do direito

Do estudo dos diferentes sistemas jurídicos é percebido que há por um lado um constante diálogo conflitante entre o enquadramento da noção legal enquanto contraprestação ao trabalho realizado (salário, remuneração, retribuição) e prestações que supostamente não tenham uma ligação tão forte com a atividade realizada, ainda que decorrentes da relação de trabalho, como por exemplo a figura da participação nos lucros e resultados, as gratificações, as *stock options*, os prêmios e os benefícios secundários ou *fringe benefits* e por outro lado uma tendência cada vez mais expressiva na criação de diferentes formas de “contraprestação”, não necessariamente no sentido jurídico da expressão, mas no sentido de satisfazer mesmo de forma indireta os interesses do trabalhador para além da noção estritamente direta e patrimonial do salário, que em função da já referida quebra no padrão de trabalhador típico, surgem como uma realidade até então não existente.

Para tanto o princípio da proteção salarial é desenvolvido, ainda que implicitamente, como elemento de interpretação do direito do trabalho na determinação do salário, enquanto elemento que norteia e orienta o enquadramento do salário com a finalidade de impedir burla ao regime de proteção salarial. Nota-se que a existência de um conceito estrito e não flexível de salário proporciona que haja por meios artificiais não apenas o contorno aos princípios e garantias derivados do salário, mas também coloca em risco a própria sustentabilidade do Estado social, pois os salários atuam como referência para contribuições para além do espectro do contrato de trabalho.

Neste sentido a concepção do princípio da proteção de salário é também uma concepção teleológica, o que justifica por exemplo a noção de dever salarial para além do sinalagma jurídico, como o dever de retribuição mesmo sem a realização de trabalho, devendo-se por obvio evitar de toda a forma a existência de exceções.⁴¹⁷

Por outro lado, em função da noção de incompletude do direito e da vocação que os princípios tem na atribuição de sentido e unidade ao direito, o princípio da proteção do salário surge como elemento de integração na superação de lacunas ou contradições jurídicas, no conflito de normas ou como elemento que impeça a erosão da proteção conferida ao salário no sistema jurídico por alterações legislativas. Para tanto, a interpretação de determinada prestação como salário não determina necessariamente a aplicação de toda a carga protetiva do princípio, pois seus efeitos podem modular-se consoante a determinação da prestação.

2.1 O princípio da proteção salarial a nível interpretativo

A noção de princípio da proteção salarial a nível interpretativo refere-se a um enquadramento qualitativo expresso de forma direta ou implícita no sistema jurídico, através da noção de que a classificação formal de uma atribuição realizada pelo empregador derivada do contrato de trabalho ou da negociação coletiva não atribui ou exclui por si a natureza salarial de uma prestação que dela careça, pois se assim fosse possível, todo o sistema de garantias salariais seria facilmente desmontado por via contratual.⁴¹⁸

Decorre desta concepção a afirmação de que nem o contrato de trabalho nem a negociação coletiva podem afastar a natureza salarial de determinada contraprestação, pois se assim fosse possível, admitir-se-á a possibilidade de restrição ou mesmo supressão por via negocial do direito fundamental à retribuição e toda a carga protetiva que circunda o crédito salarial.

Esta concepção interpretativa encontra-se prevista no regime jurídico disposto pelo *Estatuto de Los Trabajadores* de Espana ao conceituar o salário no Artigo 26, dispondo que entende-se como salário *la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores cualquiera que se ala forma de remuneración*, desenvolvido pela doutrina enquanto *carácter global* das prestações econômicas auferidas pelo empregador.

⁴¹⁷ CAEN, Gérard Lyon. *Le salaire, Droit du Travail, publié sous la direction de G.H Camerlynck*, tomo 2, Paris: Dalloz. 1981. Página 230

⁴¹⁸ OLEA, Manuel Alonso. BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del trabajo*. Página 331

Neste sentido identifica-se uma presunção qualitativa, que visa atribuir a totalidade das percepções econômicas auferidas pelo trabalhador enquanto remuneração, atribuindo ao empregador o ônus de demonstrar que a contraprestação se enquadra no conceito extrassalarial expresso no Artigo 26.2.⁴¹⁹

No regime jurídico brasileiro também observa-se uma presunção salarial, ainda que desenvolvida estritamente no âmbito jurisprudencial e em contrassenso ao texto legal. Este entendimento se fundamenta na expansão do princípio da proteção do trabalhador ao âmbito salarial, pelo qual é realizada uma interpretação extensiva do Artigo 457 § 2 da CLT, especialmente no caso de diárias (que legalmente encontram-se fora da noção salarial) quando foram superiores à cinquenta por cento do valor total do salário do trabalhador.⁴²⁰

O regime português dispõe no Artigo 258 n.º 3 do Código do Trabalho que integra a retribuição “*qualquer prestação do empregador ao trabalhador*” no sentido de que não se pode excluir qualquer prestação da análise do enquadramento dos elementos que compõe a noção retributiva. Nota-se que a referida presunção é elidível, justamente por ser uma presunção, nos termos do Artigo 350 do CC, mas indiscutivelmente deve ser integrada na definição do conceito de retribuição, pois considera-se peça fundamental no seu enquadramento no referido regime.⁴²¹

⁴¹⁹ UGUINA, Jesús Mercader. *Retribución variable y cambio productivos*. Página 85. Neste sentido Ac. Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 16/04/2010, Processo n.º 2489/2010, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 09/05/2018. A decisão refere que “*la condición jurídica de salario o de complemento extrasalarial, no depende de la calificación que efectúe el convenio colectivo sino que por imperativo legal que se impone al propio convenio colectivo, toda prestación económica que retribuye el trabajo del empleado debe ser salario puesto que el art. 26.1 constituye una norma de derecho necesario, máxime si se tiene en cuenta que el propio art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores excluye los conceptos que claramente tengan como causa la compensación de los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral.*”

⁴²⁰ Neste sentido o Ac. do Tribunal Regional do Trabalho 7 Região de 21/03/2018, Proc. 0000154.90.2017.5.07.0005, in <http://www.trt7.jus.br/>, acessado em 24/05/2018. A decisão refere que “*A presunção de fraude prevista no art. 457, § 2º, da CLT (de que as diárias superiores a 50% do salário revestem-se de natureza salarial) não há de se aplicar de forma absoluta no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, já que a concessão de viagens e respectivo pagamento encontram-se condicionados à efetiva realização da viagem, mediante o cumprimento de formalidades preestabelecidas, inclusive no que tange aos valores previstos em normativos específicos, sendo certo que tais pressupostos foram atendidos na hipótese dos autos, de sorte que subsume-se distinção entre a situação posta nos autos e a que emerge do entendimento jurisprudencial disposto na Súmula 102 do TST.*”

⁴²¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*. Página 633. Neste sentido o Ac. do Tribunal de Relação de Lisboa de 21/03/2018, Proc. 12766/17.4T8LSB.L1-4 in <http://www.dgsi.pt> acessado em 24/05/2018. A decisão refere que “*em todos os regimes – artigos 82.º, n.º 3, da LCT, 249.º, n.º 3, do Código do Trabalho de 2003 e 258.º, n.º 3 do Código do Trabalho de 2009 –, a lei presume participar da natureza de retribuição toda e qualquer prestação do empregador ao trabalhador. Ao trabalhador incumbe alegar e provar a satisfação, pelo empregador, de determinada atribuição patrimonial, seus quantitativos e respectiva cadência, cabendo depois, ao empregador, a demonstração de factos susceptíveis de afastar a sua natureza retributiva.*”. Nesta decisão

Nota-se uma possível aproximação do princípio da presunção salarial na aplicação do enquadramento salarial com o princípio do *favor laboratoris* que possui tradição consolidada no âmbito laboral quando da interpretação e aplicação das fontes. Ocorre que a presunção salarial não busca somente solucionar o problema do conflito entre fontes, como ocorre no referido princípio geral de interpretação do direito do trabalho, mas na adequada classificação das prestações atribuídas pelo empregador, no sentido de impedir (limitar) a fuga do conceito salarial por via dispositiva que vem crescendo com a proliferação de diferentes “modelos”, pois não necessariamente o enquadramento salarial será mais vantajoso ao trabalhador, mas em função do caráter social do salário e de todos os efeitos para além do sinalagma jurídico existente.

Neste sentido nota-se nos sistemas jurídicos estudados a existência de uma linha interpretativa com a finalidade de tutelar o trabalhador face a possibilidade de fuga do conceito salarial, ainda que desenvolvida de diferentes formas através das presunções.

2.2 O princípio da proteção salarial na integração de lacunas

Em relação ao princípio da proteção salarial na integração de lacunas, observe-se também o caráter interpretativo do princípio, pelo qual ao se verificar a existência de lacunas ou situações que não se enquadrem na aplicação regular da legislação. A lacuna decorre da inexistência de uma regra para regular um caso jurídico onde exista uma situação fática concreta. Deve-se atentar na distinção da lacuna *legis* e da lacuna *iuris*, onde em ambos os casos se deve socorrer dos princípios jurídicos para solução do caso em concreto. Neste sentido o princípio da proteção do salário atua enquanto instrumento de racionalidade e visa conferir unidade e sentido nas diversas acepções salariais cada vez mais regulada pela negociação coletiva.⁴²²

Nota-se que na inadequação da norma ao caso concreto surge uma lacuna ou contradição axiológica, ou seja quando a aplicação de uma determinada norma proporciona efeitos manifestamente contrários aos propostos pela própria norma ou pelos princípios que orientam o sistema jurídico. Neste sentido o princípio da proteção do salário surge como elemento de integração do regime jurídico no caso das gorjetas, que compreendem-se tipicamente fora do âmbito salarial, pois como já referido são realizadas por terceiros e não são incluídas no sinalagma jurídico do contrato de trabalho. A alocação

entendeu-se por enquadrar como retribuição o vencimento realizado no período de férias, e sendo retribuição, aplicar a noção de irredutibilidade.

⁴²² SOUZA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Página 394

da gorjeta fora do enquadramento jurídico do salário corresponde a impossibilidade de se aplicar qualquer das garantias previstas no princípio da proteção do salário, ainda que estas componham a renda do trabalhador.

Ao analisar o caso em concreto, porque mesmo que a gorjeta não esteja enquadrada no sinalagma jurídico, não deixa de influenciar mutuamente na renda do trabalhador em razão de trabalho realizado, neste contexto entende-se que seja possível e justificável estender os efeitos retributivos compatíveis com a natureza do rendimento. Entende-se que a divisão das gorjetas deve obedecer ao princípio da igualdade salarial, mais amplo que a noção de igualdade em sentido geral, sendo injustificável por exemplo a atuação discriminatória no valor da gorjeta arrecadado pelos trabalhadores. Neste mesmo sentido afirmamos ser justificável a extensão dos meios de proteção jurídica ao crédito salarial ao decorrente de gorjeta, pois observa-se que em algumas atividades este rendimento pode superar a quantia salarial, não sendo compreensível em função da unidade e coerência do sistema axiológico de proteção ao trabalhador, que se tutele intensamente o salário com fundamento no aspecto de essencialidade e na sua função de manutenção dos meios de vida digna do trabalhador, impedindo por exemplo o salário seja alvo de penhora pelos credores do trabalhador, e por outro lado em relação as gorjetas, que integram de fato o rendimento do trabalhador e decorrem diretamente da relação de trabalho, não haja nenhum nível de tutela.⁴²³

Neste sentido, ainda que compreendido de forma demasiadamente ampla, o sistema jurídico reconheceu a importância jurídica da gorjeta na remuneração do trabalhador, no qual lhe é atribuído em determinados aspectos proteção jurídica semelhante ao do salário conforme a Súmula 354 do Tribunal Superior do Trabalho.

3. O princípio da proteção salarial e o subprincípio da suficiência salarial

O princípio da proteção do salário tem como corolário o subprincípio da suficiência salarial pelo qual se observa entre outras formas essencialmente a partir da

⁴²³ GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho Volume I*. Página 770. O autor cita como exemplo deste entendimento, ainda que por razões diversas, o Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 23/01/1996, In: *Coletânea de jurisprudência, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1996, Vol. I*. Página 249 e seguintes. Pelo qual foi considerado devido o valor referente às gorjetas no período que o trabalhador de cassino esteve afastado por motivo de despedimento ilícito. Por outro lado o entendimento consolidado no modelo laboral brasileiro pela Súmula 354 do Tribunal Superior do Trabalho pelo qual a gorjeta integra o conceito de remuneração extravasa o sentido da norma, pois condiciona o empregador a assumir encargos para além do vínculo laboral.

criação de *mecanismos jurídicos* que atuem como limite à livre disposição dos salários no âmbito do contrato de trabalho e da negociação coletiva. O subprincípio da suficiência salarial só é plenamente compreendido a partir de seu enquadramento em conformidade com o princípio da proteção do trabalhador e do *metaprincípio* da dignidade da pessoa humana.⁴²⁴

Como suscitado na *Encíclica Rerum Novarum* que alertou sobre as consequências sociais que as péssimas condições pelas quais os trabalhadores estavam submetidos e os salários denominados *de fome* estipulados por alguns setores econômicos. Nasce assim a necessidade de se tutelar uma quantia minimamente decente capaz de suprir suas necessidades dos trabalhadores, pelo qual o salário foi desde sempre objeto de particular atenção no meio laboral.⁴²⁵ Surge neste contexto as normas da OIT, nomeadamente a Convenção n.º 26 e a Convenção n.º 131 com a finalidade de atribuir ao salário um valor suficiente, digno e justo, tendo como referência o trabalho realizado, sendo que o princípio da suficiência salarial é contemplado também na Declaração Universal de Direito dos Homens pelo Artigo 23, n.º 3. Sobre tudo, o princípio da suficiência salarial concretiza e afirma o pensamento jusfilosófico de que o trabalho humano não deve ser tratado pelo empregador como mercadoria.⁴²⁶

Em Portugal o subprincípio da suficiência salarial é consagrado pelo Artigo 59, n.º 1 a) e 2 a) da constituição enquanto direito fundamental, impondo que se fixe um salário justo em função do trabalho bem como este deve assegurar as condições socialmente dignificantes, sendo uma expressão deste princípio o salário mínimo nacional tendo em consideração, entre outras questões, o custo de vida e o nível de desenvolvimento das forças produtivas, sendo fixado por lei.⁴²⁷ No nível infraconstitucional o subprincípio é tipificado no Artigo 273 do CT e refere que o valor do salário mínimo deve ser atualizado periodicamente devendo também ser consultado a Comissão Permanente de Concertação Social.⁴²⁸ Neste sentido tem se entendido que o

⁴²⁴ PERA, Giuseppe. *Introduzione al diritto del lavoro italiano*. Padova: Casa editrice Dott Antonio Milani. 2002. Página 117. Neste sentido a Constituição Italiana de 1947 dispõe no Artigo 37 que o trabalhador tem direito a uma retribuição proporcional à quantidade e qualidade do seu trabalho, que seja suficiente para garantir para si e para sua família uma existência livre e digna, sendo que o preceito constitucional não possui eficácia direta, dependendo da legislação para torna-lo eficaz.

⁴²⁵ AMADO, João Leal. *A proteção do salário*. Página 19

⁴²⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. FILHO, TEIXIRA. João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. Página 414

⁴²⁷ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada Tomo I*. Página 661. É referido que as obrigações constitucionais decorrentes do Estado Social não podem obrigar o empregador a promover por si a satisfação de uma obrigação socialmente adequada, mas está submetida à reserva da lei.

⁴²⁸ FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. Página 233

alcance do princípio da suficiência salarial é limitado pela reserva de lei no domínio e na dependência das disponibilidades do estado.⁴²⁹

O princípio é tutelado na Constituição de Espanha no Artigo 35.1 e impõe um mandamento político-social à retribuição ao estabelecer aos trabalhadores uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e de suas famílias. No âmbito infraconstitucional o *Estatuto de los Trabajadores* refere que o *salário mínimo interprofissional* será estipulado pelo governo por meio de decreto, devendo para tanto fundamentar o valor a partir da consulta dos sindicatos dos trabalhadores, das associações empresariais e dos índices econômicos.⁴³⁰

O princípio também é reconhecido no texto constitucional brasileiro como direito fundamental pelo Artigo 7º, IV, enquanto contraprestação mínima devida à todas as categorias de trabalhadores subordinados, sendo que o Artigo 7º, VII garante salário nunca inferior ao mínimo para os trabalhadores que perceberem remuneração variável.⁴³¹ No âmbito infraconstitucional o salário mínimo é regido pela Lei n.º 13.152 de 29 de Junho de 2015 limitando a subjetividade do governo na estipulação do valor, que deve ser calculado pela variação agregada do índice nacional de preços ao consumidor pelo percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB.

Neste sentido o subprincípio da suficiência salarial integra o âmbito de atuação do princípio da proteção do salário enquanto elemento que impõe o cumprimento de quantia capazes de satisfazer as necessidades fundamentais do trabalhador enquanto sujeito e meio de dignidade. Observa-se que o princípio da suficiência salarial é mitigado pelas possibilidades econômicas e sociais de cada sistema jurídico, contudo, enquanto direito fundamental que é, o legislador deve respeitar o núcleo essencial deste direito, pelo qual após concretizado não poderá suprimir por completo a noção de salário mínimo.

Mesmo sendo reconhecido uma função social ao salário, no qual deve necessariamente atender satisfatoriamente as necessidades econômicas do trabalhador, tem se entendido esta concepção trata-se de uma norma fundamental social programática, pelo qual a noção de salário mínimo, enquanto valor mínimo estipulado para o trabalho subordinado, corresponde somente a um aspecto (tímido) deste princípio.

⁴²⁹ MEDEIROS, Rui. O direito fundamental à retribuição, em especial, o princípio a trabalho igual salário igual. Página 121. O autor refere uma íntima relação do princípio da suficiência salarial com o princípio da proporcionalidade ao afirmar que a estipulação do salário deve levar em conta a qualidade e a quantidade do trabalho realizado.

⁴³⁰ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del trabajo*. Página 632

⁴³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. Página 835

Nota-se que enquanto direito fundamental o princípio da suficiência salarial poderá impor ao legislador a observância de seu núcleo irredutível, que impede a supressão do direito fundamental. Neste sentido entende-se que o legislador não poderá suprimir ou extinguir a tal ponto o direito fundamental à suficiência salarial a ponto de violar o respeito ao *núcleo irredutível do direito fundamental*.⁴³²

4. O princípio da proteção salarial e o subprincípio da igualdade salarial

O subprincípio da igualdade salarial atua como limite à livre estipulação de salário e como principal vetor da noção de igualdade no direito do trabalho. A partir de todo o desenvolvimento referido sobre a concepção de igualdade enquanto valor próprio do sistema jurídico, o direito do trabalho tutela de forma específica a noção de igualdade salarial em função da sensível afetação do salário pelo qual cunhou-se a expressão de que “*para igual trabalho, salário igual*” e neste sentido é reconhecida enquanto direito fundamental na generalidade dos textos constitucionais.

A noção de igualdade salarial é desenvolvida em múltiplos níveis pelo qual se observa uma sensível progressão nos instrumentos de tutela, mas que ainda necessitam de um intenso aprofundamento. A OIT, desde sua criação, mantém em seus objetivos fundamentais a redução de discriminações e a progressiva atuação para a existência de uma igualdade salarial de fato, pelo qual a Convenção n.º 100 já em 1951 dispunha sobre a necessidade de tutela da igualdade em relação de gênero no trabalho, bem como na DUDH e no PIDESC.

No âmbito comunitário o princípio foi consagrado com referência à igualdade remuneratória entre trabalhadores e trabalhadoras que realizem trabalho igual ou de valor igual no Artigo 119 do Tratado de Roma, de onde passou para o Artigo 141 n.º 1 do Tratado da Comunidade Europeia e consta atualmente no Artigo 157 n.º 1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia bem como no desenvolvimento das diretivas sobre igualdade salarial, que atualmente são consolidadas na Diretiva 2006/54/CE.⁴³³

O sistema jurídico português tutela a igualdade salarial de forma intensa tanto no nível constitucional enquanto direito fundamental como infra constitucional. O Artigo

⁴³² DRAY, Guilherme Machado. Princípio da proteção do trabalhador. Página 826

⁴³³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*. Página 517. Neste sentido a autora refere sobre a extensa e progressiva jurisprudência comunitária sobre a noção de igualdade salarial.

13 n.º 1 afirma o princípio geral de igualdade sendo que este é reafirmado especialmente em relação à igualdade salarial pelo Artigo 59,1 a), pelo qual exige que trabalho em igual quantidade, natureza ou qualidade deve corresponder salário igual.⁴³⁴ No plano infraconstitucional a tutela da igualdade salarial é consubstanciada no Artigo 270 do CT, norma que deve ser conjugada com o Artigo 24 n.º 2 c) do CT e em relação à igualdade salarial em relação de gênero no Artigo 31 n.º 1 e 2 do CT na tutela de discriminações indiretas.

Em Espanha também é atribuído força constitucional ao princípio da igualdade salarial, pela norma de igualdade geral expressa nos Artigos 9.2 e 14 como pela norma específica aos trabalhadores que refere que em nenhum caso pode haver discriminação salarial em função do sexo.⁴³⁵ O Estatuto de los Trabajadores concretiza a concepção de igualdade salarial traçada pela constituição ao afirmar que se considera sem efeito a cláusula do contrato de trabalho ou da convenção coletiva que deem lugar a discriminação direta ou indireta, sendo que o Artigo 28 do ET tutela especificamente a igualdade salarial ao referir que é devido salário igual para trabalho de igual valor.⁴³⁶

O princípio da igualdade salarial é previsto na CRFB no Artigo 7º, XXX ao vedar discriminações no âmbito do contrato de trabalho. A proteção jurídica da à igualdade salarial é concretizada pelo Artigo 461 da CLT ao criar o mecanismo de *equiparación salarial*, que tem a finalidade de eliminar diferenciações salariais não fundamentadas a partir dos critérios expostos na Súmula n.º 6 do Tribunal Superior do Trabalho, pelo qual atribui o ônus da prova.⁴³⁷

A noção de igualdade salarial é elemento fundamental no combate à discriminações no âmbito laboral, sendo que a tutela dos trabalhadores não ocorre no sentido de impedir qualquer forma de distinção mas tão somente aquelas que mostram-se injustificáveis frente ao princípio da igualdade salarial.⁴³⁸ Os principais aspectos de evolução do princípio decorrem da atribuição dinâmica do ônus da prova, incumbindo o trabalhador de comprovar a distinção salarial injustificável pelos padrões legais determinados e atribuindo ao empregador o ônus de demonstrar que não se trata de

⁴³⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. CARVALHO, António Nunes de. *Princípio da igualdade: a trabalho igual, salário igual*. In: *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Coimbra: Almedina. 1997

⁴³⁵ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Introducción al derecho constitucional*. Página 509

⁴³⁶ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Página 686

⁴³⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. FILHO, TEIXIRA. João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. Página 440

⁴³⁸ AMADO, Leal. *Contrato de trabalho*. Página 310

conduta discriminatória, sendo que quando não demonstrado a medida pretendida passa a integrar automaticamente o contrato do trabalhador.

5. O princípio da proteção salarial e o sistema de garantias salariais

Extrai-se do princípio da proteção salarial a vocação para o desenvolvimento de garantias salariais, corolários diretos do princípio da proteção do trabalhador e da noção social incorporada ao salário, sendo que como já referido, as reivindicações salariais e a exigência de tutela e garantias atribuídas ao salário são desenvolvidas desde a origem do direito do trabalho, pelo qual, como já afirmamos, o desenvolvimento do direito do trabalho surge essencialmente a partir de melhores condições salariais.⁴³⁹

O desenvolvimento das garantias salariais tem como fundamento a identificação de meios de proteção comuns nos sistemas jurídicos analisados com uma mesma finalidade, induzir o cumprimento da obrigação laboral a partir de um sistema de garantias ou “privilégios”, tendo como fundamento a natureza e importância social do crédito salarial e a vulnerabilidade do trabalhador no contrato de trabalho, que permite o empregador cometer abusos, ou mesmo a partir da identificação de uma profunda adversidade dos trabalhadores em ter satisfeito seus créditos laborais no caso de insolvência do empregador. Os fundamentos da proteção e garantia atribuída ao salário também têm escopo nos textos internacionais, nomeadamente as Convenções n.º 95 e 117 da OIT e em sede comunitária especialmente a diretiva 2008/94/CE.

Nota-se que nos regimes jurídicos estudados são expostas normas quanto ao local, tempo e forma do cumprimento da obrigação salarial no sentido facilitar o acesso ao salário ao trabalhador, mas que em razão do uso massificado das transferências bancárias como principal forma de adimplemento salarial, que supre qualquer dificuldade do trabalhador de acesso à contraprestação, tem sido relativizadas ou mesmo compreendidas enquanto normas supletivas, dentro de certos limites. Adota-se na generalidade dos casos a concepção de pós-remuneração, sendo que a satisfação do salário regular é realizada pelo computo do período do mês. Em razão dos Estados terem ratificado a Convenção 95 da OIT é exigível, tanto pela convenção quanto pelo próprio princípio da proteção do salário, que seja estipulado um limite quantitativo e qualitativo das prestações em espécie. O limite quantitativo dispõe sobre um valor máximo de

⁴³⁹ HUECK, Alfred. NIPPERDEY, Hans Carl. *Compendio de derecho del trabajo*. Página 127

cumprimento da obrigação, sendo que o limite qualitativo se refere à observância da necessidade e adequação do elemento ao trabalhador.⁴⁴⁰

O sistema de proteções e garantias no âmbito português tem fundamento no texto constitucional ao referir no Artigo 59º n.º 3 que os salários gozam de garantias especiais, tutela que é remetida à legislação infraconstitucional.⁴⁴¹

O Código do Trabalho concretiza o mandamento constitucional ao desenvolver um regime especial de proteção à retribuição, nomeadamente a irredutibilidade retributiva relativa nos termos do (Artigo 129 n.º 1, d)), limitação de descontos e compensações da retribuição e cessão ou penhora dos créditos laborais (Artigos 279 e 280), privilégio na execução da obrigação inclusive em relação a garantias reais (Artigo 333), ampliação do âmbito de alcance da dívida laboral com responsabilização solidária das sociedades em relação de domínio ou grupo ou em certas situações aos próprios administradores e sócios da sociedade comercial (334 e 335 do CT), regime de suspensão da prescrição no decorrer do contrato de trabalho (Artigo 337) e ainda o *Fundo de Garantia Salaria* decorrente da Diretiva 2008/94/CE que orienta o Artigo 336 do CT e a Lei 59/2015.

Nesta mesma concepção observa-se os Artigos 26, 27 e 28 da Lei n.º 105/2009 que estabeleceu regras de proteção ao trabalhador que seja réu em processo de execução, quando ele tenha créditos salariais vencidos e não pagos sobre o empregador, pelo qual sobre tudo permite-se que o trabalhador suspenda a execução de sentença de despejo fundada na falta de adimplemento do trabalhador, consagrando o salário como elemento que influi nos diferentes aspectos da sociedade.⁴⁴²

Em função da existência de um verdadeiro sistema de proteção salarial enquanto direito fundamental exposto expressamente no texto constitucional o Tribunal Constitucional tem sido acionado para manifestar-se sobre a constitucionalidade de sucessivas alterações legislativas ou mesmo de sua interpretação em relação ao direito fundamental à retribuição, desenvolvendo uma verdadeira tutela constitucional concreta a partir da sistematização de princípios e valores consagrados pelo sistema jurídico.

O sistema jurídico de Espanha regula de forma menos intensa o sistema de garantias salariais, pelo qual os Artigos 27.2 do ET e 607 da LEC tornam absolutamente

⁴⁴⁰ Sobre a adequação do elemento ao trabalhador o TST editou a Súmula nº 367 do TST que não considera salário qualquer utilidade que seja nocivo a saúde do trabalhador, em análise especial ao cigarro.

⁴⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada Volume I*. Página 777.

⁴⁴² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*. Página 546.

impenhoráveis os instrumentos de trabalho e a quantia salarial equivalente ao salário mínimo e relativamente impenhorável, observando-se a regra de progressão, quantias superiores ao salário mínimo de trinta à noventa por cento. O Artigo 32 do ET também atribui proteção ao crédito laboral por meio de *privilegio* na execução no caso de insolvência do empregador, sendo que o sistema espanhol dispõe sobre três níveis distintos, o *superprivilegio* com incidência na totalidade dos bens do empregador e preferência sobre qualquer outro crédito, incluindo o gravado com garantia real, referente aos salários dos últimos trinta dias de trabalho em quantia não superior ao dobro do salário mínimo, o *privilegio refraccionário* com incidência sobre os bens na posse do empregador elaborados pelos trabalhadores, sem limitação de tempo ou valor e com preferência sobre qualquer outro crédito, e os demais créditos laborais, que sobre a totalidade dos bens mas sem preferência aos créditos gravados com direito real.⁴⁴³

Com a finalidade de adequar o regime jurídico de Espanha às determinações comunitárias (Diretiva 2008/94/CE) foi criado o *Fundo de Garantia Salarial* enquanto organismo estatal autônomo com a finalidade de garantir o adimplemento de salários não realizados pelo empregador.⁴⁴⁴

O sistema de proteção e garantia destinado à tutela do salário é consagrado de forma ampla na CRFB, sendo inclusive tipificado como crime a retenção do salário de forma dolosa. O constituinte brasileiro aderiu expressamente ao princípio da irredutibilidade de salário pela via do contato de trabalho como dispõe o Artigo 7º, VI, enquanto desdobramento do princípio geral da *pacta sunt servanda* à nível de proteção do trabalhador, tendo como exceção a redução de salário pela via da negociação coletiva ou caso o empregador comprove força maior, prejuízos ou em sede de recuperação judicial, devendo-se respeitar em qualquer caso o valor do salário mínimo.⁴⁴⁵

A constituição também refere pelo Artigo 7º, X que o salário gozará de uma proteção especial a ser determinada pela legislação, sendo que o artigo 462 da CLT é informado pelo princípio ao determinar a impossibilidade de descontos inadequados aos trabalhador e regular o cumprimento da obrigação salarial, sendo que a lei dispõe sobre a sua impenhorabilidade e sobre sua preferência na hipótese de insolvência do empregador.

⁴⁴³ LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Alvarez de la. *Derecho del Trabajo*. Página 650

⁴⁴⁴ BUJ, Remedios Roqueta. *El fondo de garantia salarial*. Página 35

⁴⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Página 757

A CLT O Fundo de Garantia por Tempo de serviço recebe tutela constitucional (Artigo 7º, III) sendo disciplinada por legislação específica, pelo qual o empregador deve depositar oito por cento da remuneração do trabalhador em uma conta específica no sentido de proporcionar ao trabalhador uma reserva no caso de rescisão contratual ou outras situações específicas em que o trabalhador necessitar a utilização do valor, pelo qual no caso de despedimento injustificado o empregador deve indenizar o trabalhador no valor de quarenta por cento de todo o valor depositado no âmbito do contrato de trabalho, sendo este também um preceito referente à tutela salarial.⁴⁴⁶

Os referidos sistemas jurídicos consagram de forma extremamente relevante garantias salariais de forma mais ou menos intensa, no sentido de desenvolver um verdadeiro sistema de proteção com a finalidade de “blindar” a satisfação salarial de possíveis limitações do próprio empregador ou mesmo de terceiros, na sequência da concepção de o regime jurídico atribui uma função ao salário enquanto meio de subsistência do trabalhador diferente de qualquer outra obrigação de natureza civil. Esta percepção não só justifica mas também corresponde à razão de suporte do princípio da proteção do trabalhador.

⁴⁴⁶ BELMONTE, Alexandre. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Coordenadores: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense. 2009

CONCLUSÕES

Profícuo, vasto e denso mostrou-se o estudo sobre a obrigação salarial e de seu contributo para a tutela dos trabalhadores, pelo qual nesta altura buscaremos desenvolver as conclusões sobre o até então estudado, tendo como referência a sequência desenvolvida pelo trabalho, partindo de um ponto geral para então concretizar o então desenvolvido princípio da proteção do salário.

O reconhecimento de direitos fundamentais surge como ponto elementar para o desenvolvimento dos Estados Modernos, a partir de um processo dialético e progressivo entre concepções político e filosóficas são reconhecidos os direitos fundamentais de liberdades no sentido de atribuir proteção ao indivíduo contra arbítrios do Estado. A partir do desenvolvimento de relações sociais mais complexas os direitos fundamentais de matriz liberal mostraram-se insuficientes para a solucionar situações jurídicas desiguais, pois nestes casos a liberdade sede lugar ao aviltamento do sujeito economicamente vulnerável. Advém desta insuficiência a gênese do Estado Social, em que são reconhecidos direitos fundamentais com a finalidade de atribuir um mesmo ponto de partida a todos os sujeitos de uma mesma sociedade, permitindo assim que estes desenvolvam suas capacidades de forma verdadeiramente livre e igual.

O direito do trabalho é reconhecido na generalidade dos textos constitucionais como direito fundamental, enquanto elemento essencial do Estado Social, com a finalidade precípua de tutelar tanto as liberdades dos trabalhadores impedindo arbítrios do Estado como as condições de trabalho nas relações privadas, pois nota-se que mesmo inserido na relação de trabalho por meio do contrato de trabalho, a subordinação jurídica não justifica a limitação de direitos de personalidade pois o trabalhador não deixa de ser sujeito de direitos fundamentais.

O reconhecimento e consagração de diferentes direitos fundamentais de matriz liberal e social, de forma explícita ou implícita e de vertente negativa ou positiva constituem o denominado fundamento material do regime constitucional e exigiu da ciência jurídica uma verdadeira adequação tanto no direito público como no direito privado, dos institutos clássicos e da própria noção de direito. Atualmente é reconhecido a noção de direito orientado por um sistema objetivo de valores, com a finalidade de esclarecer o conceito de normas e proporcionar unidade e ordenação, a partir de um sistema jurídico materialmente incompleto, pois depende do processo de conhecimento de seu tempo.

Para a concretização do *princípio da proteção do salário* se adotou os valores consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos como sendo aqueles amplamente reconhecidos e aceitos na generalidade dos Estados, nomeadamente o valor da Dignidade Humana, Igualdade e Liberdade, que são concretizados por princípios gerais e específicos do direito.

Na esteira do desenvolvido por Alexy e Dworkin sobre a normatividade dos princípios, entende-se que assim como as regras os princípios possuem normatividade própria existindo uma diferença *qualitativa* de sua aplicação. A normatividade dos princípios, ainda mais os princípios fundamentais como é o salário, mostra-se evidente ao irradiar, coordenar e interpretar uma série de regras que o concretizam. Por outro lado os princípios são importantes para o sistema jurídico uma vez que não atuam no âmbito da validade (exclusividade) como as regras, mas coexistem com outros princípios antagônicos, pois sua aplicação ocorre no caso em concreto a partir da ideia de ponderação de seu “peso” em observância, sobre tudo, da regra de proporcionalidade nos seus três aspectos.

O direito do trabalho surge como consequência de um fenômeno social a partir dos efeitos gerados pelo processo de industrialização. Neste período ocorre o surgimento de alguns elementos sociais até então inexistentes, o das grandes corporações produtivas que utilizam-se da força de trabalho de extensos contingentes de trabalhadores e que ocasiona o surgimento de centros urbanos ainda mais populosos e a uma nova classe social, denominada de assalariada, tipicamente padronizada, com baixa instrução e que tem no vínculo laboral a sua maior, quando não única, fonte de rendimento.

O desenvolvimento do direito do trabalho se dá essencialmente em três diferentes fases, inicialmente o vínculo laboral foi regido pela lógica de igualdade do direito civil regido pelas regras do mercado, que não mostraram-se suficientes para regular a relação de fato desigual, em que o trabalhador é econômico e juridicamente vulnerável, induzindo a um profundo aviltamento das condições de trabalho e na denominada *questão social*. Entre o final do século XIX e o último quarto do século XX iniciou-se um progressivo processo dialético de socialização do direito do trabalho, primeiramente pelo reconhecimento e consolidação de normas de proteção aos interesses do trabalhador, pela criação da Organização Internacional do Trabalho, instituição supranacional com a finalidade de regular e desenvolver o direito do trabalho e pelo reconhecimento constitucional de direitos fundamentais dos trabalhadores enquanto direitos fundamentais pelas denominadas *constituições laborais*.

A progressiva tutela, essencialmente no âmbito legislativo, mostrou-se importante para consolidar importantes institutos da relação individual e coletiva do direito do trabalho. A partir do último quarto do século XX inicia-se um processo de questionamento sobre o efetivo e necessário nível de tutela laboral, impulsionado pela necessidade de criação de postos de trabalho e de competitividade com outros mercados onde as leis laborais não são tão intensas. O modelo tradicional essencialmente fundamentado sob o princípio da proteção do trabalhador é questionado e ocorre a alteração no paradigma evolutivo, onde passa-se a conceber também os fundamentos econômicos na criação legislativa laboral sob o pretexto de adequação da produtividade laboral aos interesses de gestão. Nota-se também outras importantes transformações na realidade social, com o surgimento dos trabalhadores *atípicos*, que modificam o padrão de perfil dos trabalhadores e que não possuem interesses homogêneos.

Neste contexto decorre a flexibilização legislativa que atua essencialmente na redução de normas imperativas, no aumento da zona de negociação coletiva e na criação de contratos de trabalhos *atípicos* e a flexibilização interna atua na modificação de conceitos então estabelecidos no sentido de torná-los menos intensos.

Os influxos legislativos supra mencionados também tiveram efeitos dogmáticos, do qual decorre a concepção de *crise do direito do trabalho*, que passa a questionar a autonomia dogmática do direito do trabalho por meio da supressão do princípio da proteção do trabalhador ao princípio da proteção do contraente mais débil, no sentido de que este não seria mais um ramo jurídico autônomo e sim um ramo específico do direito comum. Entendemos que a análise desenvolvida no fenómeno de *(re)civilização* do direito do trabalho analisa a mutação do regime laboral estritamente sobre a perspectiva contratual, sendo que a autonomia dogmática decorre também de outros elementos para além do contrato de trabalho como a autonomia coletiva e a concepção social da relação.

A partir da perspectiva de sistema de valores jurídicos do direito supra apresentada e da existência de subsistemas específicos do ramo privado regidos por princípios próprios, entendemos que o direito do trabalho apresenta-se enquanto ramo jurídico tutelado pelo princípio da proteção do trabalhador nos seus diferentes aspectos. Isto decorre da concepção de que a própria noção de princípios permite que estes sejam por vezes mais ou menos expansivos e convivam em harmonia com outros princípios antagónicos.

Entendemos que o princípio da proteção do trabalhador orienta o direito do trabalho desde sua origem e que não houve modificação considerável no padrão social, axiológico ou legislativo para justificar a exclusão ou sobreposição do princípio, ainda que este tenha limitado seu âmbito de atuação para atender às necessidades sociais e econômicas. A superação da crise do direito do trabalho ocorre pela via dogmática com a afirmação, determinação e delimitação dos princípios laborais e com o desenvolvimento de subprincípios que atendam às demandas atuais. O salário representa no direito do trabalho atual o vínculo patrimonial que sustenta a relação jurídica, e por este motivo é desenvolvido todo um sistema de tutela do salário.

O desenvolvimento dos princípios laborais é essencial para a interpretação das normas de direito do trabalho em momentos em que este serve como meio para o desenvolvimento econômico onde nota-se uma acelerada transformação social e jurídica. Derivam-se do princípio da proteção do trabalhador outros (sub)princípios corolários com a finalidade de concretizar e orientar a relação laboral nos seus diferentes níveis, sendo que o princípio da proteção do salário decorre do princípio da proteção do trabalhador com a finalidade de tutelar o cumprimento da obrigação salarial nos seus diferentes aspectos.

O princípio da proteção do salário é consagrado de forma explícita no direito internacional por meio dos subprincípios salariais, na Declaração Universal de Direitos Humanos no Artigos 23º n.º 2 e 3 e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais nos Artigos 6º e 7º. A Organização Internacional do Trabalho reconhece o princípio da proteção do salário como um dos objetivos originários da instituição, sendo que desde sua origem atuou por meio da edição das Convenções e Recomendações com a finalidade de tutela dos trabalhadores. As Convenção n.º 26, 99 e 131 sintetizam a necessidade dos Estados na promoção de meios para a fixação de salários mínimos, enquanto mecanismo de concretização do princípio da suficiência salarial. Da mesma forma a OIT reconhece a necessidade de ampliação da tutela da igualdade salarial pela Convenção n.º 100 sobre a remuneração do trabalho de homens e mulheres e a Convenção n.º 95 que dispõe sobre a necessidade de se tutelar o salário por meio da limitações da livre disposição, para que este possa satisfazer as necessidades do trabalhador e que se impeça o *truck sistem*.

A Comunidade Europeia reconhece o princípio da proteção do salário em alguns aspectos, a Carta Social Europeia afirma o princípio da suficiência salarial ao referir sobre

a necessidade do salário assegurar um nível de vida decente ao trabalhador e o Tratado de Funcionamento da União Europeia reconhece pelo Artigo 157 o princípio da igualdade salarial entre trabalhadores e trabalhadoras. Ao nível secundário de fontes o princípio da proteção salarial é exposto na Diretiva 2006/54/CE ao também referir sobre a igualdade salarial entre homens e mulheres e a Diretiva 2008/94/CE determina sobre a necessidade dos Estados Membros adotarem medidas que garantam o cumprimento da satisfação dos salários em caso de insolvência e não cumprimento da obrigação salarial.

Concluimos que o princípio da proteção do salário é reconhecido no sistema jurídico do Brasil enquanto direito fundamental social em diferentes âmbitos de atuação. O enquadramento e a composição salarial no sistema jurídico brasileiro se dá de forma imperativa por meio da configuração dos elementos salariais que não podem ser dispostos pelas partes do contrato de trabalho.

O âmbito de atuação do princípio da proteção do salário é reconhecido no sistema jurídico brasileiro a partir do princípio da suficiência salarial e é concretizado pelo direito fundamental ao salário mínimo exposto no Artigo 7º IV da Constituição da República Federativa do Brasil e regulamentado pela legislação infraconstitucional enquanto limite à livre disposição de salários. O princípio da igualdade salarial é reconhecido na constituição enquanto direito fundamental e atua essencialmente na proibição de discriminações salariais por meio do instituto da equiparação salarial. No sistema jurídico brasileiro o princípio da irredutibilidade de salários é reconhecido enquanto direito fundamental social podendo ocorrer somente em casos excepcionais a partir de negociação coletiva. A Consolidação de Leis do Trabalho tutela um regime de garantias salariais a partir de regras de tempo, local e forma do cumprimento da obrigação salarial, regulando a compensação de créditos laborais com outros créditos, a impenhorabilidade e a irrenunciabilidade dos salários e criando privilégios com a finalidade de efetivar à execução dos salários.

Constatamos que o princípio da proteção salarial encontra-se presente no sistema jurídico de Portugal ao ser reconhecido pelo texto constitucional enquanto direito fundamental social em relação aos princípios da suficiência e igualdade salarial pelo Artigo 59 n.º 1 e 2 e pelo regime de proteção salarial exposto no n.º 3 do mesmo artigo. O reconhecimento do princípio da proteção salarial vincula o legislador infraconstitucional português na concretização de medidas legislativas concretas, como referido pelos diversos Acórdãos do Tribunal Constitucional sobre a matéria. No plano

infraconstitucional o princípio da proteção do salário é concretizado pelo Código do Trabalho que estabelece o seu enquadramento, composição e determinação a partir de elementos concretos e da presunção de retribuição, que impõe ao empregador comprovar que determinada atribuição não é enquadrada na noção salarial, sendo que as partes não podem afastar o conceito salarial por norma convencional.

O Código do Trabalho concretiza o princípio da suficiência salarial ao estabelecer a Retribuição Mínima Mensal Garantida em todo o território nacional e regulada por Decreto Legislativo. O princípio da igualdade salarial é concretizado pelo Código do Trabalho ao reafirmar a noção de salário igual para trabalho igual, que é articulado com outras normas que concretizam a noção de igualdade em sentido geral, sendo que especialmente para a noção de igualdade salarial em relação de gênero o princípio é mais amplo, pela noção de salário igual para trabalho com igual valor. O Código do Trabalho dispõe sobre o cumprimento da obrigação salarial e concretiza o comando constitucional de direito fundamental ao desenvolver um autêntico regime de garantias salariais. O âmbito de atuação do referido regime de proteção salarial dispõe sobre o alcance do princípio da irredutibilidade salarial, sobre a limitação da renúncia, cessão, compensação e prescrição dos créditos laborais, sobre a garantia da impenhorabilidade e os privilégios da execução do salário no caso de insolvência do empregador. Por fim o salário goza de tutela Estatal por meio do Fundo de Garantia do Salário quando se observar o exaurimento de todos os meios de satisfação dos valores devidos.

Entendemos que o princípio da proteção salarial é consagrado no sistema jurídico de Espanha tanto no âmbito Constitucional ao reconhecer o princípio da suficiência salarial no Artigo 35 da Constituição de Espanha como no âmbito infraconstitucional pelo Estatuto de Los Trabajadores. O enquadramento do conceito salarial autua por meio da caracterização dos elementos legais sobre todas as atribuições patrimoniais concedidas pelo empregador ao empregador a partir da presunção salarial, que impõe ao empregador o ônus de comprovar que determinada atribuição não tem a finalidade de retribuir o trabalhador pela atividade realizada.

O regime infraconstitucional concretiza o princípio da suficiência salarial ao regular o Salário Mínimo Interprofissional enquanto valor mínimo devido pelo trabalho por conta ajena. Em Espanha a noção do princípio da proteção do salário é deslocado essencialmente para a noção coletiva, mas que também é observado pela regra de absorção e compensação de salários, exigindo que uma norma convencional seja mais

favorável em seu conjunto e computo anual, evitando a sobreposição de normas mais favoráveis em um mesmo período de tempo (ano). O regime jurídico atenua a noção do princípio da proteção do salário por meio da norma convencional ao referir ser possível a desvinculação dos parâmetros salariais negociados quando se identificar situação econômica negativa ou a modificação dos meios de produção por meio do instituto da *descuelgue salarial*. O princípio da igualdade salarial atua de forma ainda mais ampla no sistema jurídico de Espanha ao referir que é devido igual salário por igual trabalho, entendendo-se por salário qualquer atribuição derivada da relação de trabalho, mesmo que tenha natureza extrassalarial.

O princípio da proteção do salário no âmbito das garantias salariais em Espanha é sensivelmente menos intenso do que as existentes nos regimes jurídicos de Brasil e Portugal, mas ainda assim são tuteladas pela legislação infraconstitucional normas sobre o cumprimento da obrigação, sobre a impenhorabilidade do salário, sobre o privilégio do crédito salarial no âmbito de insolvência do empregador e pela concretização do Fundo de Garantia Salarial derivado das obrigações comunitárias.

Concluimos que o princípio da proteção do salário tem fundamento na ideia de que o salário representa mais do que o sinalagma jurídico do contrato de trabalho, tendo como fundamento a concretização do princípio da proteção do trabalhador no âmbito da obrigação do empregador, tendo seus efeitos expandidos para além da relação contratual, o que corrobora a noção de autonomia dogmática do direito do trabalho.

Entendemos que princípio da proteção do salário é a concretização dogmática do direito fundamental ao salário e dos valores do sistema jurídico, atua como princípio estruturante no âmbito da obrigação patrimonial do empregador na relação de trabalho subordinado. Defendemos que a atuação do princípio da proteção do salário atua na aplicação do direito ao estabelecer o enquadramento do salário e ao impedir a limitação do instituto pela via negocial ou ainda pela integração de lacunas jurídicas em função de carregar consigo uma noção teleológica.

Concluimos que o princípio da proteção do salário é estruturado essencialmente por meio de três elementos bem definidos, o princípio da suficiência salarial, o princípio da igualdade salarial e as garantias que tem a finalidade de efetivar a satisfação do salário ao trabalhador. Neste sentido todos os elementos que envolvem a obrigação salarial do empregador devem ser orientadas pelo princípio da proteção do salário, que tem como máxima a imposição de limites à livre negociação e estipulação de salários, e garante ao

trabalhador um regime de proteção que transcende a noção do sinalagma jurídico, impondo restrições inclusive à terceiros, como outros credores do empregador, credores do trabalhador e mesmo o próprio poder público, que nos sistemas jurídicos de Espanha e Portugal é responsável pelo cumprimento de salários (dentro de um limite) caso o esgotamento de todas as demais formas de ver o salário satisfeito.

Concluimos que os elementos presentes na obrigação salarial não são observados pelos princípios gerais do direito das obrigações, pois trata-se de uma obrigação essencialmente pessoal e que influi no meio de subsistência de grande parte da população, razão o salário é reconhecido como direito fundamental dos trabalhadores, o que impõe ao legislador e aos operadores do direito a observância do *princípio da proteção do salário* nos seus diferentes aspectos, sobre tudo na interpretação de normas e integração de lacunas.

JULGADOS CONSULTADOS

Julgados de Portugal:

Ac. Tribunal Constitucional n.º 277/99, Proc. n.º 706/98 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Inconstitucionalidade da clausula do convenio coletivo por violação do princípio da igualdade aos trabalhadores do regime a tempo parcial.**

Ac. Tribunal Constitucional 318/99, Proc. n.º 855/98 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 27/05/2018 – **Inconstitucionalidade da norma que limite a impenhorabilidade do crédito salarial.**

Ac. Tribunal Constitucional n.º 177/02, Proc. n.º 546/01 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Inconstitucionalidade da norma que limite a impenhorabilidade do crédito salarial.**

Ac. Tribunal Constitucional n.º 498/2003, Proc. n.º 317/02 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Constitucionalidade do privilégio atribuído pela legislação ao crédito laboral.**

Ac. Tribunal Constitucional n.º 96/2004, Proc. n.º 423/03 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Inconstitucionalidade da norma que limite a impenhorabilidade do crédito salarial.**

Ac. Tribunal Constitucional n.º 657/2006, Proc. n.º 777/04 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Constitucionalidade da penhora de créditos salariais.**

Ac. Tribunal Constitucional n.º 284/2007, Proc. n.º 891/04 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Constitucionalidade do privilégio salarial na insolvência sobre o privilégio hipotecária e sobre o princípio da confiança.**

Ac. Tribunal Constitucional n.º 257/2008, Proc. n.º 446/07 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Constitucionalidade do privilégio salarial na insolvência sobre o privilégio hipotecária e sobre o princípio da confiança.**

Ac. Tribunal Constitucional n.º 335/2008, Proc. n.º 74/08 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Princípio da confiança ao privilégio decorrente de garantia real e a constitucionalidade do privilégio salarial.**

Ac. Tribunal Constitucional n.º 257/2010, Proc. n.º 732/08 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Constitucionalidade da penhora de créditos salariais.**

Ac. Tribunal Constitucional n.º 396/2011, Proc. n.º 72/11 in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 11/05/2018 – **Reconhecimento da remuneração enquanto direito análogo para aplicação do sistema de proteção constitucional aos direitos liberdades e garantias fundamentais enquanto.**

Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 23/01/1996, in: Coletânea de jurisprudência, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1996, Vol. I – **Devido o valor referente às gorjetas no período que o trabalhador de um cassino esteve afastado por motivo de despedimento ilícito.**

Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 08/05/1996 Proc. 004422/JSTJ00030015 in <http://www.dgsi.pt>, aceso em 23/03/2018 – **Aplicação da presunção salarial quanto ao subsídio de aniversário.**

Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 21/10/2009, Proc. 838/05.2TTCBR.C1.S1, in <http://www.dgsi.pt> acessado em 20/05/2018 – **Princípio da igualdade salarial e diferença salarial decorrente da negociação coletiva.**

Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 20/02/2008, Processo 07S2910/JSTJ000 in <http://www.dgsi.pt>, acessado em 04/02/2018 – **Critério da periodicidade para o enquadramento da prestação no conceito de retribuição.**

Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 21/04/2010, Proc. 2951/04.4TTCSB.S1, in <http://www.dgsi.pt> acessado em 04/02/2018 – **Enquadramento salarial de automóvel utilizado para fins pessoais do trabalhador.**

Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 21/04/2010, Proc. 1531/08.0TTLSB.L1.S1, in <http://www.dgsi.pt> acessado em 20/05/2018 – **Alcance do princípio da irredutibilidade retributiva e a redução da prestação do número de horas realizadas.**

Ac. Tribunal de Relação do Porto de 07/11/2011, Proc. 155/10.6TTOAZ.P1, in <http://www.dgsi.pt> acessado em 20/05/2018 – **Sobre o alcance do princípio da irredutibilidade de retribuição e a possibilidade de supressão do adicional de isenção de horário.**

Ac. Tribunal de Relação de Lisboa de 21/03/2018, Proc. 12766/17.4T8LSB.L1-4 in <http://www.dgsi.pt> acessado em 24/05/2018 – **Presunção retributiva do Artigo 258 n.º 3 do CT e irredutibilidade de vencimento pago no período de férias.**

Ac. Tribunal da Relação de Guimarães de 11/06/2017, Proc. n.º 246/14.4TTBRG.G111 Julho 2017 in <http://www.dgsi.pt> acessado em 24/05/2018 – **Possibilidade de se reduzir subsídio noturno e por turnos.**

Julgamento de Espanha:

Ac. Tribunal Constitucional de 09/03/1984, Auto n.º 34, in <https://www.tribunalconstitucional.es>, acesso em 10/05/2018 – **Reconhecimento da eficácia direta e horizontal do princípio da igualdade salarial.**

Ac. Tribunal Constitucional de 12/01/1998, Auto n.º 02, in <https://www.tribunalconstitucional.es>, acesso em 10/05/2018 – **Princípio da igualdade salarial.**

Ac. Tribunal Constitucional de 07/06/2011, Auto n.º 85, in <https://www.tribunalconstitucional.es>, acesso em 10/05/2018 – **Constitucionalidade da redução de salários mediante lei contrária à negociação coletiva.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 27/04/1989, Recurso n.º 11235/1989, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 12/04/2018 – **Dever de remunerar a comissão no caso de incumprimento do negócio por culpa do empregador.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 23/05/1991, Recurso n.º 2654/1991, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 20/04/2018 – **Natureza extrassalarial de prestações realizadas por terceiros (propinas/gorjetas).**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 24/10/2001, Recurso n.º 3295/2000, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 13/04/2018 – **Natureza extrassalarial da prestação denominada de *stock option*.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 24/10/2001, Recurso n.º 4851/2000, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 13/04/2018 – **Natureza extrassalarial da prestação denominada de *stock option*.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 26/01/2006, Recurso n.º 3813/2004, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 13/04/2018 – **Natureza salarial da prestação denominada de *stock option*.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 06/11/2007, Recurso n.º 2809/2006, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018 – **Invalidez da negociação**

coletiva por afronta ao princípio da igualdade salarial ao estabelecer distinção salarial posterior à trabalhadores com data de entrada mais antigos.

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 21/01/2008, Recurso n.º 4192/2006, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018 – **Não aplicação da regra de compensação e absorção de salários por falta de homogeneidade entre às prestações.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 20/02/2008, Recurso n.º 4560/2006, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018 – **Discriminação indireta por decorrente de antiguidade.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 20/10/2008, Recurso n.º 3801/2007, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 09/04/2018 – **Complemento salarial referente relacionado com conhecimento de idioma estrangeiro atribuído à função e não ao trabalhador e por isso não consolidável.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 09/03/2010, Recurso n.º 34/2009, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018 – **Aplicação da regra de compensação e absorção de salários pela homogeneidade e computo mais favorável em sentido global dos complementos salariais previstos no acordo coletivo aplicado ao trabalhador.**

Ac. Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 16/04/2010, Recurso n.º 2489/2010, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 22/02/2018. – **Classificação da natureza extrassalarial por negociação coletiva.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 24/06/2010, Recurso n.º 728/2010, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 20/04/2018 – **Natureza extrassalarial de prestações realizadas por terceiros (propinas/gorjetas).**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 03/07/2013, Recurso n.º 279/2011, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018 – **Aplicação da regra de compensação e absorção de salários por homogeneidade entre às prestações salariais resultante de negociação coletiva.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 14/05/2014, Recurso n.º 2328/2013, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018 – **Igualdade salarial em função de gênero, discriminação à setor composto majoritariamente por mulheres.**

Ac. Tribunal Superior, Sala de lo Social de 24/11/2015, Recurso n.º 304/2014, in <http://www.poderjudicial.es>, acessado em 10/05/2018 – **Igualdade salarial em função de idade.**

Julgamentos do Brasil:

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – Supremo Tribunal Federal n.º 2.934-2 DF – **Sobre a não violação de preceito fundamental a alteração legislativa inserida pela Lei de Recuperação Judicial que suspende o adimplemento de créditos salariais devidos por até um ano.**

Ac. Tribunal Superior do Trabalho de 13/03/2009, Proc. 318/2007-109-03-00.4, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/04/2018 – **Princípio da igualdade salarial e equiparação salarial em cadeia.**

Ac. Tribunal Superior do Trabalho de 20/05/2009, Proc. 1299336-04.2004.5.01.0900, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/04/2018 – **Conversão do valor do salário para moeda nacional.**

Ac. Tribunal Superior do Trabalho de 11/04/2012, Proc. 108640-60.2007.5.05.0011, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/04/2018 – **Natureza mercantil da atribuição patrimonial “stock options”.**

Ac. Tribunal Superior do Trabalho de 17/08/2012, Proc. 110000-17.2009.5.03.0043, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/04/2018 – **Não reconhecimento da possibilidade de acúmulo salarial por realização de atividade compatível com a contratada.**

Ac. Tribunal Superior do Trabalho, de 21/05/2014, Proc. 0000673-89.2012.5.04.0404, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/05/2018 – **Limite ao desconto de salário na rescisão do trabalhador.**

Ac. Tribunal Superior do Trabalho, de 23/03/2018, Proc. 958-24.2016.5.13.0006, in <http://www.tst.jus.br>, acessado em 04/05/2018 – **Não caracterização de salário o auxílio alimentação por repartição do custeio do benefício.**

Ac. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região de 28/07/2015, Proc. 0001457-58.2014.5.02.0402 in <http://www.trtsp.jus.br> acessado em 05/05/2018 – **Devida a satisfação da comissão mesmo quando o consumidor exercer o direito de arrependimento com a devolução do produto com fundamento no risco do negócio.**

Ac. do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região de 14/07/2017 Proc. 0010565-68.2015.5.03.0008, in <http://www.trt3.jus.br/>, acessado em 24/05/2018 – **Presunção salarial de diárias superiores à cinquenta por cento do salário**

Ac. do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região 13/07/2017 Proc. 0010538-92.2016.5.03.0059, in <http://www.trt3.jus.br>, acessado em 24/05/2018 – **Enquadramento no conceito salarial do veículo disponível pelo empregador**

Ac. do Tribunal Regional do Trabalho 7ª Região de 21/03/2018, Proc. 0000154.90.2017.5.07.0005, in <http://www.trt7.jus.br/>, acessado em 24/05/2018 – **Presunção salarial de diárias superiores à cinquenta por cento do salário**

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2005
- ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: Introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina. 1993
- ALCARAZ, José Luján. *La participación retributiva de los trabajadores en la empresa*, In: *Estudios sobre el salario*. Albacete: Bomarzo. 2004. Páginas 53 – 86
- ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução geral*, 2ª edição. Cascais: Principia. 2015
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2011
- AMADO, João Leal. *A proteção do salário, Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume XXXIX*. Coimbra. 1995
- AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho, noções básicas* 2ª edição. Coimbra: Almedina. 2018
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição. Coimbra: Almedina. 2012
- ANGIELLO, Luigi. *Il Codice civile commentario: Art. 2099 - 2102, la retribuzione 2ª edizione*. Milão: Giuffrè. 2003
- ANORTE, María del Carmen López. *El descuelgue salarial*. in: *Aspéctos Laborales de la reestrututación empresarial*. Coord. Rodrigo Martín Jiménez e Antonio V. Sempere Navarro. Navarra: Aranzadi. 2011. Páginas 139 – 161
- ANTUNES, José Engrácia. *Os grupos de sociedades no direito do trabalho*, in: *Questões laborais n.º 39 (Jan.-Jun.)*. Coimbra: Associação de Estudos Laborais. 2012. 49 – 78
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, 3ª edição 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina. 2014
- BARÓ, Miquel Ángel Falguera. *Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingreso surgidas de la autonomía colectiva*, In: *Estudios sobre el salario*. Albacete: Bomarzo. 2004. Páginas 88 – 111
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 11ª edição atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr. 2017
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional* 22ª edição, atualizado por Samantha Meyer-Pelug. São Paulo: Malheiros Editores. 2010
- BELMONTE, Alexandre. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Coordenadores: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense. 2009
- BENNÀSSAR, Magdalena Llompart. *Alcance de la reforma laboral en matéria de salario*. In: *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. n.º 122. 2013. Páginas 45-78
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004
- BONAVIDES, Paulo. *Curdo de direito constitucional* 24ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009

- BUJ, Remedios Roqueta. *El fondo de garantía salarial*. Madri: La Ley. 2009
- BUJ, Remedios Roqueta. *La Acción Protectora del FOGASA*. Madri: Tirant lo Blanch. 2017
- CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e direito constitucional*, ed. lit. Miguel Galvão Teles, 6ª edição revisada e ampliada reimpressão. Coimbra: Almedina. 1983
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional. Vol. II, Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores, instituciones y órganos constitucionales. 12ª edición*. Madri: Tecnos. 2017
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Introducción al derecho constitucional*. Madri: Tecnos. 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, introdução e tradução de António Menezes Cordeiro 3ª Edição*. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian. 2002
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição 7ª edição, 6ª reimpressão*. Coimbra: Almedina. 2007
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada volume I, 4ª edição revisada*. Coimbra: Coimbra Editora. 2007
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, atualizado por Eduardo Carrion*. São Paulo: Saraiva. 2017
- CARBONELLI, Matteo. *A proteção internacional dos direitos fundamentais no trabalho*, In: *Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho*. São Paulo: Atlas. 2015. Páginas 26 – 37
- CARVALHO, António Nunes. *Notas sobre o regime da retribuição no Código do Trabalho*. In *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LI (XXIV), 2010, Janeiro – Dezembro. Coimbra: Almedina. 2011. Páginas 43- 102.
- CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina. 1985
- CONTE, Macarena Castro. *El sistema normativo del salario: Ley convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresário*. Madri: Dykinson. 2007
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português, vol. I: Introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral, 4ª edição reformulada e atualizada*. Coimbra: Almedina. 2012
- CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho, reimpressão*. Coimbra: Almedina. 1997
- CUNHA, Ana Margarida Vilaverde e. *Protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador: cálculo das prestações do Fundo de Garantia Social: algumas reflexões acerca da compatibilidade do regime português com o regime comunitário*, in *Questões Laborais n.º 38 Júlio - Dezembro*. Coimbra. 2011. Páginas 197 – 210
- DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Igualdade de tratamento no trabalho e isonomia salarial*. São Paulo: Manole. 2004
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho 17ª Edição*. São Paulo: LTr 2018

- DELGADO, Mauricio Godinho. *Salário - teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey. 1997
- DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicação no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina. 1999
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina. 2015
- DRAY, Guilherme Machado. MARTINEZ, Pedro Romano. MONTEIRO. Luís Miguel Monteiro. VASCONCELOS, Joana. BRITO, Pedro Madeira de. SILVA, Luís Gonçalves da. *Código do Trabalho Anotado, 11ª edição*. Coimbra: Almedina. 2017
- DRAY, Guilherme Machado. *O Sentido Jurídico do Princípio da Igualdade: Perspectiva Luso-Brasileira*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.º 2 Jul./Dez. 2003. Páginas 113-137
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, tradução de Nelson Boeira 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes. 2010
- ESTÉVES, José B. Acosta. *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el derecho Español*. Barcelona: Cedecs. 1997
- FERNANDES, António Monteiro. *A noção de retribuição no regime do contrato de trabalho: Uma revisão da matéria*, in: *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol. I*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2015. Páginas 296 – 325
- FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho 18ª edição*. Coimbra: Almedina. 2017
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del mas débil*, prólogo de Perfecto Andrés Iránes. Madri: Trotta. 2016
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros Editores. 1995.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Algumas reflexões sobre o ónus da prova em matéria de paridade de tratamento retributivo*. In A. MOREIRA, *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias*. Coimbra: Coimbra Editora. 1998. 311 – 324
- GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho, volume I, Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora. 2007
- HART. Herbert Lionel A. *O conceito de direito*, tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001
- HUECK, Alfred. NIPPERDEY, Hans Carl. *Compendio de derecho del trabajo*, Tradução por Miguel Rodriguez Piñero. Madri: Revista de Derecho Privado. 1963
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, tradução de José Lamego, 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *As repercussões da insolvência no contrato de trabalho*. In: *Revista de direito e de Estudos Sociais, Junho Dezembro, Ano XLVII, n.ºs 3 e 4*. Coimbra: Almedina. 2006. Páginas 273 - 289
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho 3ª edição*. Coimbra: Almedina. 2012

- LEITE, Jorge. ALMEIDA, F. Jorge Coutinho de. *Direito do trabalho 8ª edição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2010
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho. 4ª edição*. São Paulo: Saraiva. 2017
- LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. ROSA, Manuel Alvarez de la. *Derecho del Trabajo, Vigésimoquinta edición*. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces. 2017
- LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derecho del trabajo y ideología 7º edición*. Madri: Tecnos. 2011
- LUNO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion, septima edición*. Madri: Tecnos. 2001
- LUÑO. Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madri: Tecnos. 2004
- MAHAIM, Ernest. *Les principes de la législation internationale du travail. In: Bulletins de la classe des lettres et des sciences morales et politiques, t. XIII, núm. 5*. 1927
- MARTÍNEZ, Juan M. Ramírez. *Curso de Derecho del Trabajo. 19ª edición*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2010
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Considerações gerais sobre o Código do Trabalho. in: Revista de Direito e Estudos Sociais n.º 44*. Coimbra: Almedina. 2003. 5 – 28.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Garantia dos créditos laborais, a responsabilidade solidária instituída pelo Código do Trabalho nos Artigos 378 e 379. In: Revista de Direito e de Estudos Sociais, Abril – Dezembro, ano XLVI n.ºs 2, 3 e 4*. Coimbra: Almedina. 2005
- MARTINEZ, Pedro Romano. *O Código do Trabalho – Directrizes da reforma; sistematização; algumas questões. In: Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina. 2004. Páginas 507 – 528
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Trabalho e direitos fundamentais. A compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial. In: Estudos em homenagem ao professor Doutor Sérvulo Correia*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2010. Páginas 241 – 285
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho 8ª edição*. Almedina: Coimbra. 2017
- MARTINEZ, Pedro Romano. MONTEIRO. Luís Miguel Monteiro. VASCONCELOS, Joana. BRITO, Pedro Madeira de. DRAY, Guilherme Machado. SILVA, Luís Gonçalves da. *Código do Trabalho Anotado, 11ª edição*. Coimbra: Almedina. 2017
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho 31ª edição*. São Paulo: Atlas. 2015
- MAZZONI, Giuliano. *Manuale di diritto del lavoro, volumen primo, 6ª edizione revisada*. Milano: Giuffrè Editore. 1990
- MEDEIROS, Rui. *O direito fundamental à retribuição, em especial, o principio a trabalho igual salário igual*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2016
- MEDINA, Maria Dolores Rubio de. *Retribuciones laborales*. Barcelona: Bosch. 2005
- MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo, Trigésima Octava Edición*. Madri: Tecnos. 2017
- MELGAR, Alfredo Montoya. *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de Españã*. Madri: Cívitas. 1975

- MELGAR, Alfredo Montoya. *Tendencias actuales del derecho del trabajo en España, In: Tendencias actuales del derecho del trabalho, Perspectiva Ibero Americana*. Murcia: Universidade de Murcia. 1990.
- MELLADO, Carlos L. Afonso. *Salarios y negociación colectiva. In Estudios sobre el salario*. Ed. Bomarzo. Albacete: 2004. Páginas 9 – 52
- MOREIRA, Vital. *Trabalho digno para todos, a “clausula laboral” no comércio externo da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora. 2014
- MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martin de Albuquerque 1º volume*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2010. 933 – 949
- MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público 6ª edição*. Cascais: Principia. 2016
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, vol. II, direitos fundamentais tomo IV, 1º Ed.* Coimbra: Coimbra Editora. 2014
- MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada, Tomo I, 2º edição*. Coimbra: Coimbra Editores. 2010
- MIRANDA, Jorge. *Salário mínimo nacional e complementos regionais, parecer. In: Separata da revista O Direito, 131º III – IV*. Lisboa: 1999. 595 – 603
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho – 26 edição*. São Paulo: Saraiva. 2014
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: Conceito e proteção*. São Paulo: LTr. 2008
- NINET, José Ignacio García. *Un análisis jurídico del salario a la luz de la doctrina de los Tribunales. In: Algunos aspectos substantivos. Revista del Poder Judicial, Primer Trimestre 2003, n.º 69*. Madri: Consejo General del Poder Judicial. 2003. 143 – 187.
- NETO, Francisco Ferreira Jorge. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho 8º Edição*. São Paulo: Atlas. 2015
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição 2ª edição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2010
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais, Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, 2º edição*. Lisboa: AAFDL. 2017
- OIT. *Protección del salario. Normas y salvaguardias relativas al pago de la remuneración de los trabajadores*. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo. 2013
- OLEA, Manuel Alonso. *Introducción al derecho del trabajo, 5º edición*. Madrid: Civitas. 1994
- OLEA, Manuel Alonso. BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del trabajo, 20º edición*. Madri: Civitas. 2001.
- PASSARELLI, Francesco Santoro. *Nozioni di diritto del lavoro 35º edizione*. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene. 1991
- PERA, Giuseppe. *Introduzione al diritto del lavoro italiano*. Padova: CEDAM. 2002

- PÉREZ, Hipólito J. Simón. *La estructura de salários pactados en España*. Alicante: Publicaciones da la Universidade de Alicante. 1999
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 1994
- PINTO, Mário. *A doutrina social da igreja, ontem hoje e amanhã*, in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa volume XII*, tomo I. Lisboa. 1988. 209 – 244
- PINHEIRO, Paulo Souza. *O direito do trabalho ao longo da história. Separata, Revista de ciências empresariais e jurídicas n.º 8*. Porto. 2006
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *De la servidumbre al contrato de trabajo – Deambulação em torno da obra de Manuel Alonso Olea e da Singularidade dogmática do contrato de trabalho*. In: *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina. 2004. 529 – 545
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito social da União Europeia*. Coimbra: Almedina. 2009
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Grupos empresariais e societários, Incidências laborais*. Coimbra: Almedina. 2008.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória*. In: *Estudos de Direito do Trabalho I*. Coimbra: Almedina. 2003
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Os trabalhadores no processo de insolvência*, in: *III Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina. 2015. Páginas. 383-407
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho Parte I – Dogmática geral 4ª edição*. Coimbra: Almedina. 2015
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 6ª edição. Coimbra: Almedina. 2016
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina. 2000
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça, tradução de Carlos Pinto Correia*. Lisboa: Editorial Presença. 2013
- REYES, Antonio Costa. *El crédito salarial*. Sevilha: Consejo Económico y Social de Andalucía. 2005
- ROCCCELLA, Massimo. *Manuale di diritto del lavoro, 4ª edizione*. Torino: Giappichelli Editore. 2010
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los principios de lo derecho del trabajo*. São Paulo: LTr. 1997
- RUBIO DE MEDINA, Maria D. *Retribuciones laborales*. Barcelona: Bosch. 2005
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT, vol. I, 13ª edição*. Rio de Janeiro: Forense. 1990
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais, 11ª edição revisada e atualizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012

- SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores, Prologo de Jorge E. Dotti*. Buenos Aires: Hydra. 2009.
- SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciência jurídica, estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero*. Madri: Tecnos. 1996
- SIGNESIS, Adrian Todolí. *La revision salarial*. Madri: Tirant Lo Blanch. 2013
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros Tratados*. São Paulo: LTr. 2007
- SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXIRA, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho 19ª edição*. São Paulo: LTr. 2000
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo 38ª Ed.* São Paulo: Editores Malheiros. 2015.
- SOUZA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina. 2012
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 edição*. São Paulo: Saraiva. 2011
- TOVAR, Joaquín Aparecio. *Estudios sobre el salario*. Albacete: Bomarzo. 2004
- UGUINA, Jesús R. Mercader. *Retribución variable y cambio productivos. in: Estudios sobre el salario*. Albacete: Bomarzo. 2004. Páginas 87 – 109
- UGUINA, Jesús R. Mercader. *Salario y crisis económica*. Madri: Tirant Lo Blanch. 2011
- VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Madri: Tecnos. 1977
- VALVERDE, Antonio Martín. GUTIÉRREZ, Fermín R. Sañudo. MURCIA, Joaquim Garcia. *Derecho del trabajo, Vigésimoquinta Edición*. Madri: Tecnos. 2016
- VASCONCELOS, Joana. MARTINEZ, Pedro Romano. MONTEIRO. Luís Miguel Monteiro. BRITO, Pedro Madeira de. DRAY, Guilherme Machado. SILVA, Luís Gonçalves da. *Código do Trabalho Anotado, 11ª edição*. Coimbra: Almedina. 2017
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil 5ª edição*. Coimbra: Almedina. 2008
- VEIGA, António Jorge da Motta. *A regulamentação do salário*. Porto: Imprensa Portuguesa. 1944
- VEIGA, António Jorge Martins da Motta. *Lições de direito do trabalho 8ª edição*. Lisboa: Universidade Lusfada. 2000
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego, estrutura geral e supostos 3ª Edição*. São Paulo: LTr. 2005
- VILLALÓN, Jesús Cruz. *Compendio de Derecho del Trabajo, séptima edición*. Madri: Tecnos. 2014
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno, 2ª edição, tradução António Manuel Hespanha*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1993
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *A constituição portuguesa como fonte do Direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores. In: Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina. 2004. 163 – 203

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português*. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVIII – 1986 (I da 2ª Série). Coimbra: Almedina. 1986. 65 – 102

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. CARVALHO, António Nunes de. *Princípio da igualdade: a trabalho igual, salário igual*. In: *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Coimbra: Almedina. 1997

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Prescrição dos créditos laborais*. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLIX – 2008 (XXII da 2ª Série). Coimbra: Almedina. 2009. 243 – 255

XAVIER, Bernardo Gama Lobo. *Manual de direito do trabalho 2ª edição, com a colaboração de Pedro Furtado Martins, Antonio Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida*. Lisboa: Verbo. 2014